

(٦٨٤)

العقد الموقوف

في مصنفات الفقه وأصوله

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٤هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

"مسألة: عند الشافعي وزفر وأبي حنيفة: إذا شرطا الخيار أكثر من ثلاثة أيام فسد العقد، ولا يلحقه الضرر بإسقاط ما زاد على الثلاث. وعند الإمامية وابن أبي ليلى يجوز أكثر من ثلاثة أيام بعد أن يكون مدة محدودة. وعند الحسن يرجى إذا قال البائع للمشتري: اذهب فأنت فيه بالخيار فهو بالخيار أبدا حتى يقول: قد رضيت واختلف أصحاب أبي حنيفة، فقال البغداديون: العقد فاسد، فإن أسقطا الزائد على الثلاث قبل الشروع فيه لحق العقد الصحة، وإن أسقطاه بعد الشروع فيه لم يسقط ولم يلحق العقد الصحة. وقال الخراسانيون: يقع **العقد موقوفا**، فإن أسقطا الزائد قبل الشروع تبينا أن العقد وقع صحيحا، وإن أسقطاه بعد الشروع تبينا أنه وقع فاسدا.

مسألة: عند الشافعي وأحمد وأكثر العلماء. إذا تبايعا بشرط الخيار إلى الأبد فالبيع والشرط باطلان. وعند أحمد في رواية أخرى هما صحيحان. وعند مالك يكون الخيار إلى مدة يختبر المبيع إلى مثلها.

مسألة: عند الشافعي وأبي حنيفة إذا شرطا خيارا مجهولا بطل الشرط والبيع. وعند ابن أبي ليلى الشرط باطل والبيع صحيح. وعند ابن شبرمة يصح البيع والشرط جميعا، وهو ظاهر قول أحمد. وعند مالك إن لم يقفر الخيار جاز وجعل لهما من الخيار قدر ما يختبر به المبيع في العادة. وعند الحسن بن صالح إذا لم يعيق أجل الخيار كان له الخيار أبدا.." (١)

"قول أبي حنيفة، حتى أنه لا يعزل نفسه إلا بحضرة الموكل، وقال الشيخ: وعلى القول بالعزل فتصرفاته صحيحة أيضا.

وعند الجمهور لا يبيع لنفسه ولا يشتري من نفسه لئلا تلحقه التهمة. وحيث حصلت التهمة لم يصح. وعن أحمد جوازه إذا زاد على مبلغ ثمنه. وفي الإنصاف احتمال لا يعتبر. لأن دينه وأمانته تحمله على الحق. وربما زاد خيرا. ومحل الخلاف ما لم يأذن له وإلا جاز. ويتولى طرفي العقد.

(وعن عروة) بن الجعد ويقال ابن أبي الجعد (البارقي) حضر فتوح الشام ونزلها. وسيره عثمان إلى الكوفة. قيل رؤي في داره ستين فرسا مربوطة (أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أعطاه دينارا ليشتري له به شاة) وفي لفظ أضحية (فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار) ضرب معروف من الذهب (وجاءه بدينار وشاة) وروي من حديث حكيم بن حزام نحوه (فدعا له بالبركة) في بيعه (رواه البخاري) وفيه وكان لو اشترى ترابا لربح فيه ببركة دعائه – صلى الله عليه وسلم – وفيه وفي غيره مما تقدم وغيره ما ينيف على ثلاثين حديثا تدل على صحة الوكالة فيما تقدم وغيره وتقدم أنه إجماع.

وفي هذا الحديث دليل على صحة **العقد الموقوف**. وهو مذهب جماعة من السلف. وأنه يجوز للوكيل إذا قال له الموكل اشتر بهذا الدينار شاة مثلا ووصفها أن يشتري به شاتين بالصفة المذكورة. لأن مقصود الموكل قد حصل. وزاده الوكيل خيرا.." (٢)

(١) المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، الريمي ١/٤٣٦

(٢) الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم، عبد الرحمن بن قاسم ٣/٢٥٠

"له إلا إجازة **العقد الموقوف** على إجازته لا إنشاء عقد آخر بمهر آخر (بخلاف) قوله (لا أجيزه) أي
النكاح (بمائة لكن) أجيزه (بمائتين) فإن النفي الداخل على المقيد بتوجه على القيد
وهو ههنا قوله بمائة وإليه أشار بقوله (لأن التدارك) بلكن (في قدر المهر لا أصل
النكاح) فيكون متسقا
مسئلة
(أو قبل مفرد لإفادة أن حكم ما قبلها ظاهر لأحد المذكورين) اسمين كانا أو فعلين قوله
ظاهرا قيد للإفادة باعتبار كون المفاد ثبوت الحكم لأحدهما إذ بحسب التحقيق والمآل تارة
يستفاد كونه لكل منهما كما إذا وقعت في سياق النفي ثم بين المذكورين بقوله (منه) أي
مما قبلها (وما بعدها ولذا) أي ولكونها لإفادة الحكم لأحدهما لا على التعيين (عم)
الحكم كل واحد منهما (في) سياق (النفي) لأن مفهوم أحدهما يصدق على كل واحد منهما
بخصوصه فهو أعم من كل بخصوصه ونفي الحكم عن الأعم يستلزم نفيه عن الأخص (و) كذا
في (شبهه) أي شبه النفي وهو النهي (على الانفراد) متعلق بعم وعمومه على الانفراد أن يتحقق
في كل منهما منتقلا فقوله تعالى و ٢ لا تطع منهم آثما أو كفورا ٢ وكذا قول الحالف والله (لا أكلم
زيدا أو بكرا منع) للمخاطب والحالف (من كل) أي من إطاعة كل من الآثم والكفور في
الأول وفي تكليم كل من زيد وبكر في الثاني لأن التقدير والمآل لا تطع (واحدا منهما)
ولا أكلم واحد منهما وهو نكرة في سياق النفي والنهي فتعم (لا) أن التقدير لا تطع ولا أكلم
(أحدهما ليكون معرفة) فلا يعم وذلك لعدم الإضافة على التقدير الأول ووجودها على
الثاني (وحينئذ لا يشكل بلا أقرب) أي بوالله لا أقرب (ذى أو ذى) إشارة إلى زوجيته
بأن يقال أو لأحد الأمرين ومقتضاه أن لا يصير موليا منهما جميعا وحكم المسئلة أنه (يصير موليا
منهما) لأنه في معنى واحدة منهما والمعنى لا يشكل بأن يقال لا أقرب ذى أو ذى مثل." (١)

"٤. جاء في مستهل: (باب المرأتين في العقد الذي يكون أوله جائزا ثم يفسد): (أصل الباب: أن الإجازة إذا لحقت **العقد الموقوف** كان لحالة الإجازة حكم الإنشاء، لأن العقد لم يتم قبل الإجازة، وإنما تم ونفذ بالإجازة، فكان لها حكم الإنشاء فيكون الطارئ على **العقد الموقوف** يجعل كالمقارن للعقد. لأنه سبق النفاذ الذي هو المقصود بالعقد، فيجعل في التقدير سابقا على ما هو وسيلة لاستتباع المقاصد).

٥. قال في فاتحة (باب الإقرار في البيع في فساد وغير فساد): (أصل الباب أن القاضي مأمور بالنظر والاحتياط لأنه نصب لدفع الظلم وإيصال الحقوق إلى أربابها، فيحتاط لإيفائها ويتحرز عن تعطيلها (الموهوم لا يعارض المتحقق) فلا يؤخر الحق الثابت بيقيني لحق عسى يكون وعسى لا يكون لأن التأخير إبطال من وجه فلا يجوز لحق موهوم).

---

(١) تيسير التحرير، ١٢٤/٢

فهذه الأمثلة وما شابهها جرت وشاعت عند المتأخرين مع حسن الصياغة ووجازة التعبير.

وفي غضون تلك المراحل التي بدأ فيها تدوين القواعد ينشط نجد من الشافعية الإمام النووي (٦٧٦ هـ) كثير الاعتداد بهذه القواعد، وقد أومأ إلى ذلك في مقدمة (المجموع شرح المهذب) عند بيان المنهج الذي سلكه في الشرح. يقول: (وأما الأحكام فمقصود الكتاب، فأبلغ في إيضاحها بأسهل العبارات، وأضم إلى ما في الأصل من الفروع والتتمات، والقواعد المحررات، والضوابط الممهدات).

وحقا إن القواعد نجدها متناثرة ومبددة في الشرح المذكور بحيث نيطت بها الفروع وعللت على أساسها الأحكام.

١. ففي مواضع متعددة من الشرح أصل الفروع الكثيرة بناء على القاعدة المشهورة: (اليقين لا يزول بالشك).

٢. ومن القواعد الشهيرة أيضا: (الأصل في الأبضاع التحريم) فقد كثر فورعها في الكتاب في مواضع كثيرة مثلا يقول: (إذا اختلطت زوجته بنساء واشتبهت لم يجز له وطء واحدة منهن بالاجتهاد بلا خلاف، سواء كن محصورات أو غير محصورات، لأن الأصل التحريم والأبضاع يحتاط لها، والاجتهاد خلاف الاحتياط).." (١)

" وأما فى النكاح فلم تجر العادة بالمساومه فيه فلا يخطب إلا بعد التروي والتفكر وانفاذ الرسل فلم يكن قوله زوجيني مساومة فصار شقا للعقد فإذا قالت زوجت وجد الشقان فتم العقد

وجه آخر وهو أن قوله زوجيني طلب العقد فقد أمرها بأن تعقد والواحد مما يتفرد بشقى العقد فى النكاح فإذا قالت زوجت صار الموجود عقدا

وفى البيع قوله بعنى طلب العقد والواحد مما لو لا ينفرد بشقى عقد البيع فصار الموجود أحد شقى العقد فما لم يقل قبلت لا ينعقد

١١٦ – إذا تزوج العبد بغير اذن السيد ثم باعه المولى فأجاز المشتري النكاح كان جائزا

ولو زوجت أمه نفسها بغير اذن المولى ثم باعها ثم أجاز المشتري النكاح لم يجز

والفرق أن عقد النكاح لا يقع على عين العبد بدليل أن له أن يتزوج أخرى ولو كان معقودا عليه لم يجز أن يملكه غيره فهو عاقد وعقد البيع تناول عين العبد فلم يجز تمليك فيما انعقد عليه **العقد الموقوف** فجاز

وليس كذلك الأمة لأن عقد النكاح تناول عين الأمة بدليل أنها لو تزوجت من انسان لم يجز أن تتزوج بآخر فالعقد وقع على عين ." (٢)

" بضعها والمشتري يملك عينها بالعقد لأنه يستبيح بضعها فقد جرى تمليك فيمن انعقد عليه **العقد الموقوف** فبطل **العقد الموقوف** كما لو با ع عبدا من انسان لا يملكه ثم اشتراه وأراد أن يسلمه فانه لا يجوز كذلك هذا

١١٧ – عبد محجور عليه اشترى شيئا بغير اذن المولى ثم اعتقه المولى لم يجز الشراء

ولو تزوج بغير اذن المولى ثم اعتقه المولى جاز النكاح

(١) الوجيز في أصول الفقه للبورنو، ٤٠/١

(٢) الفروق، ١٢٥/١

والفرق أن عقد النكاح أوجب الحل للعبد بدليل أنه لو كان بإذن المولى لحصل الحل له وعقده كان نافذا فى حقه وانما امتنع نفاذه لحق المولى فإذا اعتقه فلو نفذناه لكان تقريرا لما أوجبه العقد فجاز كما لو با ع على أنه بالخيار ثم أسقط الخيار نفذ لأنه قرر الملك الذى أوجبه العقد

وليس كذلك الشراء لأن العقد أوجب أن يكون الملك للمولى بدليل أنه لو كان بإذن المولى وقع له وبعد العقد يحصل الملك للعبد فلو نفذناه بالعتق لكان فيه تغيير لما أوجبه العقد ونقل العقد عما أوجب العقد لا يجوز كما لو اشتري شيئا لنفسه على أنه بالخيار ثم وكله آخر بأن يشتري له فأجاز العقد وأراد أن يجعله لغيره لم يجز كذا هذا

١١٨ – أمة زوجت نفسها بغير اذن سيدها فباعها بطل النكاح

ولو اعتقها جاز النكاح ." (١)

" والفرق أنه بالعتق لم يملك نفسها وإنما زالت ولاية المولى عنها كالصغير إذا بلغت وإذا لم يملك بضعها لم يجر تمليك فيما انعقد عليه **العقد الموقوف** فلم يبطل

وليس كذلك إذا باعها لأن المشتري قد ملكها فقد جري التمليك فيما انعقد عليه **العقد الموقوف** فلم يجز

١١٩ – اذا زوجت نفسها بغير اذن المولى ثم اعتقها فلا خيار لها وجاز النكاح

ولو زوجها المولى ثم اعتقت لها الخيار

الفرق أن عقدها على نفسها بغير إذن المولى لم يتم فى حال الرق وانما تم العقد بعد العتق فلم يجر عتق عليها بعد صحة النكاح وإنما نفذ العقد فى حال العتق فلا خيار لها

وليس كذلك إذا زوجها المولى لأن العقد تم فى حال الرق فهذا عتق جرى فى صحة النكاح فكان لها الخيار والأصل فيه خبر بريرة ." (٢)

" انعقاده ولا يمنع بقاءه على الصحة إذا طرأت عليه

١٤٠ – ولو زوج المولى امته برضاها من رجل بغير رضا الزوج وخاطب عن الزوج مخاطب فاعتقت فلم تنقض العقد حتى أجاز الزوج النكاح جاز ولا خيار لها

ولو زوجها المولى بغير رضاها فاعتقت فأجاز الزوج النكاح لم يجز ما لم ترض هى

والفرق أن **العقد الموقوف** انما يجوز تنفيذه فى الحالة التى تقبل ابتداء العقد فيها ألا ترى أنه لو با ع عبدا لغيره ثم مات ثم أجاز صاحبه البيع لم يجز ولو تزوج أمة بغير إذن مولاها ثم تزوج حرة ثم أجاز المولى لا يجوز فإذا كان المولى زوجها برضاها فيجوز ابتداء العقد برضاها فجاز أن ينفذ **العقد الموقوف** فتم العقد فى حال الحرية فلا خيار لها

وأما اذا كان بغير رضاها فلا يجوز ابتداء العقد عليها بغير رضاها فلا ينفذ **العقد الموقوف** فيها وصار الزوج بالاجازة مبتدئا عقدا فاذا اجازته جاز والا فلا

---

(١) الفروق، ١٢٦/١

(٢) الفروق، ١٢٧/١

١٤١ – المولى اذا زوج عبده امرأة فاعتق لا خيار له فى الفسخ

ولو زوج امته فعتقت فلها الخيار ." (١)

" ١٢٤ – لا يثبت للعبد والأمة خيار البلوغ

بخلاف الصغير والصغيرة إذا زوجهما العم

والفرق أنه يملك المولى ابتداء تمليك العقد عليهما بعد البلوغ فلا يثبت لها خيار البلوغ اذ لا تملك بالبلوغ شيئا لم يكن

وأما الصغيرة فلا يملك العم العقد عليها بعد البلوغ فجاز أن يثبت لها الخيار إذا لزمها تسليم النفس بعقده كالأمة اذا اعتقت

١٤٣ – المولى اذا زوج مكاتبه امرأة بغير رضاه ثم عجز فأجازه المولى جاز

ولو زوج مكاتبته ثم عجزت فى الكتاب يبطل النكاح وفى المكاتب لا يبطل

والفرق أن عقد الكتابة على الأمة أوجبت تحريم بضعها عليه وبالعجز ملك الاستمتاع ببضعها وعقد النكاح عقد على بضعها وقد جرى التمليك فيما انعقد عليه **العقد الموقوف** فبطل كما لو باع عبدا على أنه بالخيار ثلاثا ثم باعه من آخر فإنه لا يجوز العقد الأول ويبطل كذلك هذا

وأما المكاتب اذا عجز فالمولى يملك رقبته بالعقد الا الاستمتاع به وعقد النكاح أوجب البدل فى ذمته ولم ينعقد على رقبته فلم يجر تمليك فيما ." (٢)

" انعقد عليه **العقد الموقوف** والمولى يملك العقد ومن ملك العقد لا يجوز عقده الموقوف الا بالاجازة

١٤٤ – اذا عتقت الأمة وهى تحت زوج فلم تعلم ان لها الخيار فهى على خيارها حتى تعلم فاذا علمت فلها الخيار ما دامت فى مجلسها

وفى خيار البلوغ والمخيرة والشفعة لو بلغت أو خيرت أو بيعت بجنب داره دار فلم يعلم أن له الشفعة ولم يطلب بطل خياره

والفرق بين هذه المسائل أن فى الأمة ليس فى لفظ الزوج ما يوجب لها خيارا وانما الخيار ثبت لها من طريق الحكم والأمة لا تعلم فروع الفقه فى العادة والمولى لا يمكنها من التعلم اذ منفعتها مملوكة له فعذرت فى جهل حكم العتق فصار جهلها بثبوت الخيار كجهلها بالعتق ولو لم تعلم بالعتق فهى على خيارها كذلك هذا

وأما خيار المخيرة فالتخيير فى لفظ الزوج لأنه يقول خيرتك فإذا علمت بالتخيير فقد علمت وجوب الخيار لها فبطل خيارها اذا لم تختر

---

(١) الفروق، ١٤٢/١

(٢) الفروق، ١٤٤/١

وأما الشفعة فحكمه ظاهر بين المسلمين والحاجة اليها ماسة وهو حر ممكن من تعلمه وتعرف حكمه واذا لم يعرف ولم يتعلم لم يكن معذورا فبطل حقه

كذلك الخيار بالبلوغ هى حرة وممكنة من التعلم والتعرف فاذا ." (١)

" الموقوف الموقوف إنما ينفذ في حالة يجوز ابتداء ذلك الشيء في تلك الحالة ألا ترى أنه لو با ع ملك غيره والمعقود عليه بحاله فأجازه مالكه جاز لأن ابتداء العقد منه في تلك الحالة جائز ولو فات المعقود عليه ثم أجاز لم يجز لأن ابتداء العقد بعد فواته لم يجز فلم ينفذ **العقد الموقوف** كذلك ها هنا فإذا زالت الحمى في الثلاثة فابتداء الرد في هذه الحالة جائز فجاز أن ينفذ **العقد الموقوف** وابتداء الرد بعد مضي الثلاثة لا يجوز فجاز أن لا ينفذ **العقد الموقوف** فبطل

وأما إذا شهد على الرد وهو صحيح ثم حم قبل التسليم فالرد وقع تاما إلا أنه لما حم ثبت له الخيار فإذا زال المانع سقط خياره

٤٨٥ – إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم فاختار المشتري أخذ العبد سقط عنه نصف الثمن وليس له أن يضمنه نصف القيمة

ولو أن أجنبيا قطع يد العبد فاختار المشتري أخذه فله أن يضمنه نصف قيمة العبد

والفرق أن تسليم نصف القيمة من الذمة لأنا لو أوجبناه على البائع لأوجبناه لحق العقد إذ لولا العقد وإلا لما لزمه ذلك ولا يجوز ." (٢)

" والفرق أن الوصية للمقر له موقوفة فإذا قضى القاضي بالبينة للموصى له الآخر فقد جرى تمليك فيما انعقد عليه **العقد الموقوف** فبطل **العقد الموقوف** كما لو با ع عبدا على أنه بالخيار ثم أعتقه المشتري ثم باعه البائع من آخر بطل العتق كذلك هذا

وليس كذلك مسألة الدين لأن الغرماء لا يملكون التركة للموصى له بالإبراء وإنما يملكه الموصى له بالموت فالإبراء عن الدين لم يجر تمليك فيما انعقد عليه **العقد الموقوف** فجاز أن لا يبطل **العقد الموقوف** وإذا لم يبطل العقد ولكنه امتنع نفاذ عتقه لحق الغرماء فإذا أبرؤوا زال المانع من نفوذ عتقه فنفذ

ووجه آخر أنه استحق ما به نفوذ العتق لأنه استحق بالوصية وإذا قضى بالوصية لغيره بطل عتقه ألا ترى أنه لو اشترى عبدا فأعتقه ثم جاء آخر وأقام البينة أنه اشتراه من بائعه قبل شرائه بطل عتق الأول كذلك هذا

وأما في مسألة الدين لم يستحق ما به نفوذ العتق لأن القاضي لم يبطل الوصية وإنما حكم بالدين والدين مقدم على الوصية فامتنع نفاذ العتق لحق الغرماء وإذا زال حق الغير نفذ ذلك العتق

---

(١) الفروق، ١/١٤٥

(٢) الفروق، ٢/٦٧

٦١٤ – ولو أن رجلا هلك وله ابن فادعى رجل أنه كان عبدا لأبيه وأنه أعتقه وأنكر ذلك الابن جعلته خصما وقضيت بإثبات الولاء ." (١)

"(وعن عروة البارقي رضي الله عنه ﴿ أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري به أضحية أو شاة فاشترى به شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ترابا لربح فيه ﴾ .
رواه الخمسة إلا النسائي وقد أخرجه البخاري ضمن حديث ولم يسق لفظه وأورد له الترمذي شاهدا من حديث حكيم بن حزام) الحديث في إسناده سعيد بن زيد أخو حماد مختلف فيه قال المنذري والنووي إسناده حسن صحيح وفيه كلام كثير وقال المصنف : الصواب أنه متصل في إسناده مبهم وفي الحديث دلالة على أن عروة شرى ما لم يوكل بشرائه وباع كذلك لأنه أعطاه دينارا لشراء أضحية فلو وقف على الأمر لشرى ببعض الدينار الأضحية ورد البعض وهذا الذي فعله هو الذي تسميه الفقهاء **العقد الموقوف** الذي ينفذ بالإجازة وقد وقعت هنا وللعلماء فيه خمسة أقوال : (الأول) أنه يصح **العقد الموقوف** وذهب إلى هذا جماعة من السلف والهادوية عملا بالحديث .
(والثاني) أنه لا يصح وإليه ذهب الشافعي وقال إن الإجازة لا تصححه محتجا بحديث ﴿ لا تبع ما ليس عندك ﴾ .
أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي ؛ وهو شامل للمعدوم وملك الغير وتردد الشافعي في صحة حديث عروة وعلق القول به على صحته .
(والثالث) التفصيل لأبي حنيفة فقال : يجوز البيع لا الشراء وكأنه فرق بينهما بأن البيع إخراج عن ملك المالك وللمالك حق في استبقاء ملكه فإذا أجاز فقد أسقط حقه بخلاف الشراء فإنه." (٢)
"

٩٢٨ – وعن جابر رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ﴿ أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه أو أهله فهو عاهر ﴾ رواه أحمد ، وأبو داود ، والترمذي ، وصححه ، وكذلك ابن حبان
S(وعن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه وأهله فهو عاهر ﴾ أي زان (رواه أحمد ، وأبو داود ، والترمذي ، وصححه ، وكذلك) صححه (ابن حبان) ورواه من حديث ابن عمر موقوفا ، وأنه وجد عبدا له تزوج بغير إذنه ففرق بينهما وأبطل عقده وضربه الحد .
والحديث دليل على أن نكاح العبد بغير إذن مالكه باطل ، وحكمه حكم الزنا عند الجمهور إلا أنه يسقط عنه الحد إذا كان جاهلا بالتحريم ، ويلحق به النسب ، وذهب داود إلى أن نكاح العبد بغير إذن مالكه صحيح لأن النكاح عنده فرض عين فهو كسائر فروض العين لا يفتقر إلى إذن السيد ، وكأنه لم يثبت لديه الحديث ، وقال الإمام يحيى : إن العقد الباطل لا يكون له حكم الزنا هنا ، ولو كان عالما بالتحريم لأن العقد شبهة يدرأ بها الحد ، وهل ينفذ عقده بالإجازة من

---

(١) الفروق، ١٨٢/٢
(٢) سبل السلام، ١٤٤/٤

سيده فقال الناصر والشافعي : لا ينفذ بالإجازة لأنه سماه النبي صلى الله عليه وسلم عاهرا ، وأجيب بأن المراد إذا لم تحصل الإجازة إلا أن الشافعي لا يقول **بالعقد الموقوف** أصلا ، والمراد بالعاهر أنه كالعاهر ، وأنه ليس بزان حقيقة .." (١)

" (باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده)

[١٢٣٢] قوله (أبتاع له من السوق) بتقدير همزة الاستفهام أي أأشتري له من السوق وفي رواية أبي داود أفأبتاع له من السوق (ثم أبيعه) لم يقع هذا اللفظ في رواية أبي داود ولا في رواية النسائي ولا في رواية بن ماجه

والظاهر أنه ليس على معناه الحقيقي بل المراد منه التسليم

ومقصود السائل أنه هل يبيع ما ليس عنده ثم يشتريه من السوق ثم يسلمه للمشتري الذي اشترى له منه (قال لا تبع ما ليس عندك) أي شيئا ليس في ملكك حال العقد

في شرح السنة هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات فلذا قيل السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط يجوز وإن لم يكن في ملكة حال العقد

وفي معنى ما ليس عنده في الفساد بيع العبد الابق وبيع المبيع قبل القبض وفي معناه بيع مال غيره بغير إذنه لأنه لا يدري هل يجيز مالكه أم لا وبه قال الشافعي رحمه الله

وقال جماعة يكون **العقد موقوفا** على إجازة المالك

وهو قول مالك وأصحاب وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله كذا في المرقاة

[١٢٣٣] قوله (أن أبيع ما ليس عندي) فيه وفي قوله لا تبع ما ليس عندك

دليل على تحريم بيع ما ليس في ملك الإنسان ولا داخلا تحت مقدرته

وقد استثنى من ذلك السلم فتكون أدلة جوازه مخصصة لهذا العموم

قوله (هذا حديث حسن) وأخرجه أبو داود والنسائي وبن ماجة ونقل المنذري تحسين الترمذي وأقره

قوله (وفي الباب عن عبد الله بن عمرو) وأخرجه الترمذي في هذا الباب [١٢٣٤] قوله (لا يحل سلف) بفتحتين ." (٢)

"٩٨١ - (ش) : قوله أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك يريد أن أباها عقد نكاحها وهي ثيب دون أن يستأذنها وذلك يكون على ضربين أحدهما أن يعقد نكاحها ويوقفه على إجازتها والثاني أن يعقد نكاحها ويلزمها إياه وإن كرهت ذلك فأما النكاح الموقوف فقد حكى القاضي أبو الحسن أن قول مالك اختلف فيه فأجازه مرة إذا أجيز بالقرب وقال مرة أنه لا يجوز وقال أبو حنيفة في النكاح الموقوف ينعقد ويقف على الإجازة فإن وجدت الإجازة صح ونفذ وإن لم تقع الإجازة بطل كقولنا وقال الشافعي لا يجوز النكاح الموقوف بوجه والدليل على صحة جواز النكاح الموقوف من جهة القياس أن كون النكاح موقوفا على إجازة مجيز لا يمنع صحته أصل ذلك إذا كان موقوفا على القبول ودليل ثان أن هذا

---

(١) سبل السلام، ٤/٤٧٤

(٢) تحفة الأحوذي، ٤/٣٦٠

عقد يصح أن يقف على الفسخ فجاز أن يقف على الإجازة كعقد الوصية .

(مسألة) إذا قلنا بصحة النكاح الموقوف فصفة النكاح الموقوف الذي ذكره أصحابنا في المدونة وغيرها أن يعقد الولي على وليته ويشترط إجازتها ويذكر أنه لم يستأذنها بعد وأنه قد أمضى ما بيده من ذلك وأنها إن أجازت فالنكاح من قبل الولي قد نفذ وقال القاضي أبو الحسن أنه يصح أن ينعقد النكاح الموقوف على إجازة الولي أو إجازة الزوج أو إذن المرأة فيه وقد ذكرنا صفة وقفه على إذن المرأة وهو الذي يذكر أصحابنا جوازه .

(فرع) إذا قلنا بجواز النكاح الموقوف فإنه على ضربين أحدهما أن يعقد الولي ما إليه من العقد ويفعل مثل ذلك الزوج ويبقى ما إلى الزوجة من ذلك وكذلك لو أنفذ الزوج ما إليه من القبول وبقي **العقد موقوفا** على الإيجاب فهذا موقوف أحد طرفيه على الآخر والثاني أن يكمل الولي العقد عن نفسه وعن المرأة على أن للمرأة الخيار فهذا موقوف طرفاه على الخيار وقال القاضي أبو الحسن لا فرق في القياس بين إجازته بالقرب أو بعد البعد وإنما استحسن فسخه إذا بعد وإجازته إذا قرب لأن اليسير يجوز في الأصول كيسير العمل في الصلاة وهذا الذي قاله صحيح في النكاح الموقوف طرفاه على الإجازة لا فرق بين قرب الإجازة ولا بعدها في النكاح وكذلك قال القاضي أبو الحسن إن القياس عندي أنه لا يجوز النكاح الموقوف بخلاف البيع الموقوف لأن النكاح ينافيه الخيار ولا ينافي البيع وما قاله بعد ذلك من أن إجازته في قريب المدة دون بعيدها استحسان كإجازة يسير العمل في الصلاة دون كثيره فإن ذلك عندي فيه نظر وذلك أن إجازة يسير العمل في الصلاة دون كثيره ليس من الاستحسان الذي ذهب إليه بل هو الحق الواجب والفرض اللازم والقياس الصحيح الثابت وذلك أن العمل الكثير ينافي الصلاة بإجماع لأن من حكمها وفرضها الاتصال والعمل الكثير يمنع من ذلك ويسير العمل لا يمكن الاحتراز منه فلذلك فرق بين يسير العمل وكثيره في الصلاة . والنكاح الموقوف طرفاه على الإجازة قد وجد جميعه فإن كان وقع عقده صحيحا فيجب أن يجوز طالت مدته أو قصرت وإن كان وقع فاسدا فقد فسد في الوجهين ولذلك قلنا إنه يجوز البيع الموقوف وإن طالت المدة وإنما يفترق ذلك في النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر لأن من سنة النكاح اتصال أحد طرفيه بالآخر ولا بد في ذلك من يسير مهلة لأنه لا يستطاع أن يؤتى بالقبول بعد الإيجاب بغير فصل ولا يفسده تأخر المدة اليسيرة فلذلك كان كثير المدة يمنع انعقاده ويسيرها لا يمنع ذلك كالعمل في الصلاة .

(فرع) إذا ثبت ذلك فيجب أن يكون في النكاح الموقوف طرفاه على الإجازة قولان أحدهما الجواز على كل وجه والثاني المنع على وجه وهو الصحيح عندي وقد اختاره القاضي أبو الحسن وأما النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر ففي كراهية ما قرب منه قولان قد تقدم ذكر من أجازه وروى أبو زيد في العتبية قول ابن القاسم في الجارية يزوجها الولي على إن رضيت قال يفسخ ذلك وإن كانت قريبة قيل فإن دخل بها قال ما أدري كأنه ضعف الفسخ بعد البناء ولم يره ولا خلاف على هذا في صحته وإنما الخلاف في كراهيته وفيما بعد من المدة قولان أحدهما الجواز والآخر الإبطال والله أعلم .

(فرع) فإذا قلنا إنه يجوز في قصير المدة دون طويلها فقد روى ابن حبيب عن مالك في الرجل يزوج ابنته أو البكر أو الثيب ولا يستأمرها ثم يستأمرها سرا أو يبلغها فترضى فإن كان ذلك بقرب تزويجه وكانت معه في البلد أو الموضع فإن ذلك جائز وإن كانت بغير البلد أو كانت بعيدة عن موضعه وإن جمعهما البلد أو تباعد ما بين تزويجه إياها بغير أمرها وبين أن علمت

فرضيت وأن جمعهما البلد والموضع فلا يجوز بشرط ثلاثة معان اجتماعهما في البلد والموضع وقرب مدة الرضا ولم يعتبر مقدار القرب في مدة الرضا وقال عن مالك في الذي يزوج ابنه الكبير الحاضر بغير علمه أنه إن رضي بحدثان العقد فإنه يجوز وإن كان رضاه بعد ذلك باليوم أو الأيام فذلك غير جائز وفي العتبية من سماع ابن القاسم فيمن زوج أخته أو ابنته البكر وهي معه في البلد مقيمة ثم تخير فترضى ؟ إن مالكا أجازه وإذا كانت ثابتة عنده في البلد فلما علمت رضيت لم يجز هذا النكاح قيل لسحنون ما معنى قوله معه في البلد أن يكونا في حصن واحد وهي بعيدة والبلد يجمعهما ؟ فقال بل في حصن واحد أو بينهما قريب من البريد واليوم وشبهه والقلزم من مصر ما هو بكثير وبينهما يومان أذا أرسل إليها في فور ذلك فأجازت فأما مثل الإسكندرية وأسوان فلا يجوز ذلك وإن أجازته وقاله أصبغ فالخلاف بين رواية ابن حبيب وقول سحنون في موضعين أحدهما أن ابن حبيب شرط في صحة ذلك أن يكونا في موضع واحد من البلد يريد الحصن الواحد أو القرية ولم يشترطه سحنون وجوز ذلك وإن لم يكونا في موضع واحد منه والثاني ابن حبيب جعل اليوم الواحد في حيز الكثير المانع من صحة العقد وجعل سحنون اليوم واليومين في حيز القليل والكثير الخمسة الأيام والثمانية والله أعلم .

(فرع) وأما القولان في طويل المدة فقد روى ابن حبيب عن مالك في الذي يزوج ابنته الثيب البائنة عنه فترضى إذا بلغها ما فعل أبوها أنه لا يقام على ذلك النكاح قبل البناء ولا بعده ولأصبغ في ذلك قولان في كتاب محمد أحدهما أنه يفسخ بعد البناء كقول مالك والثاني أنهما يؤمران بالفسخ قبل البناء ولا يجبران عليه قال أصبغ وقد اختلف قول مالك فيه فقال إن أجازته جاز وقال أيضا لا أحب المقام عليه ووجه رواية ابن حبيب أنها مبنية على أن تأخير أحد طرفي النكاح عن الآخر المدة الطويلة يوجب فساده لأنه نوع من الخيار الذي ينافي النكاح لأنه خارج عن المعتاد من إبطال أحد طرفي العقد بالآخر أو مقارنته له ووجه قول أصبغ في منع الجبر على الفسخ أنه مبني على تجويز هذا النكاح على كراهيته وذلك أن الخيار الذي ينافي النكاح إنما هو الخيار بعد وجود طرفي النكاح وأما الخيار بعد وجود أحد طرفيه لمن بيده الطرف الآخر من الإيجاب أو القبول فلا يصح أن يعدى النكاح منه وإذا لم يصح وجوده دونه لم تصح منافاته له كخيار الرد بالعيب .

(فصل) وقوله وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها ظاهر في أنه ليس للأب أن يزوج ابنته الثيب إلا بإذنها ورضاها وهذا حكم الأب وإن كانت ثيبا سفيهة غير مالكة أمرها في مالها فإنها تملك أمر نكاحها وكذلك سائر الأولياء معها لأنه إذا كان هذا حكم الأب الذي يملك النظر في ماله فبأن لا يملك غيره إجبارها أولى ، وهذا الجبر ورد في حكم خنساء بنت خذام كانت تحت أنيس بن قتادة الأنصاري فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها من رجل من بني عمرو بن عوف فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم نكاحها لما كرهته ونكحت أبا لبابة بن عبد الخدري .." (١)

"(ش) : وهذا على ما قال إن من اشترى شقصا بعرض ، ثم جاء الشفيع فإن له أن يأخذ بقيمة ذلك العرض إذا كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود ومعنى ذلك أنه مما لا مثل له ، وفي كتاب ابن المواز إن اشتراه على جزاف فعلى الشريك قيمة ذلك الحلي يقوم ذهبه بالفضة ويقوم فضته بالذهب ، وكذلك الجزاف من السبائك والرصاص والنحاس والطعام المصبر وأما إن اشتراه المشتري بمكيل أو موزون ، أو معدود فإنما عليه مثله ، وليس هذا من بيع ما ليس عنده ؛

---

(١) المنتقى - شرح الموطأ، ١٩٩/٣

لأنه عقد لا يقف على اختيار المتعاقدين ؛ لأن المشتري مغلوب على التسليم وإنما يراعى بيع ما ليس عنده في العقد الموقوف على اختيار المتعاقدين على أن فيه اختلافا بين ابن القاسم وأشهب في بيع المرابحة وقد تقدم ذكره .

(مسألة) ، وإن كان العرض الذي اشترى به المشتري مؤجلا ففي كتاب ابن المواز عن أشهب أن للشفيع أن يأخذه بقيمة العرض إلى أجله على مثل ما هو عليه ولا يجوز أن يأخذ ذلك قبل معرفتهما بقيمة العرض وقال محمد وهذا غلط ولا يأخذه إلا بقيمة العرض إلى أجله وقد رواه أيضا عن أشهب قال محمد وإنما تؤخذ القيمة في البيع والشراء بعرض معجل والفرق بينهما أن العرض المعين يباع إذا استحق انتقض البيع والمبيع الموصوف في الذمة إذا استحق قيمته يوم قبضه لم ينقض البيع وكان عليه مثله ووجه قول أشهب أن العروض لا يجب تسليم مثلها ؛ لأنها مما لا مثل لها وإنما يجب فيها القيمة كالمعين منها .

(مسألة) ولو اشترى الشقص بدين على البائع فقد قال ابن الماجشون في الموازية وغيرها يأخذها الشفيع بقيمة ذلك الدين عرضا من العروض كالحنطة والزبيب وما أشبه ذلك مما يتعجل ثمنه وحكى ابن عبدوس عن سحنون أن الدين يقوم بعرض ، ثم يقوم العرض بعين ، ثم يأخذ الشفيع بذلك وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك أن الشفيع لا يأخذه إلا بمثل ذلك الدين ، أو يترك ولو كان البائع غريما دفع العرض بأكثر من قيمته وقاله أشهب زاد ابن حبيب عن مطرف وإن كثرت القيمة فيه وقال أصبغ لا يأخذه بمثل الدين إلا أن يهضم له هضمية بينة فيأخذه بقيمة الشقص لا بقيمة الدين ووجه قول ابن الماجشون أن الدين كالعرض ؛ ولذلك لا تجب فيه زكاة إلا بمثل ما تجب بعروض التجارة فوجب أن يقوم للشفيع وإنما دفع فيه العرض ؛ لأن تقويم العرض يؤدي إلى التفاضل في العين فيما يلزم فيه التساوي وإنما قوم العرض مرة أخرى بالعين على قول سحنون أن التقويم إنما شرع في العين ؛ لأنه لا تختلف فيه الأسواق ولا البلاد ؛ ولذلك اتفق على أنه أصل الأثمان وقيم المتلفات وإنما دخل العرض فيه للتحايل ليسلم من التفاضل في الجنس الواحد من العين وإنما لا يجوز مثل هذا في المبيع لمنع الذرائع ، وذلك حكم يختص بالبيع دون ما يجب عليه من التقويم والله أعلم . ووجه قول مالك أن المشتري اشترى بالعين فلا يأخذه الشفيع إلا بمثل ذلك الثمن كما لو اشتراه بثمن مؤجل على المشتري والبيع يكون بمثل القيمة أو أقل ، أو أكثر ، وليس للشفيع أن يأخذ إلا بمثل الثمن ، وإن زاد المشتري على القيمة ، أو نقص وإنما راعى أصبغ الهضم الكثير ؛ لأنه عنده بمنزلة الهبة من جملة الدين كما لو وهبه بعض الثمن بعد انعقاد البيع ، وإن طرح الكثير لا تأثير له واليسير له تأثير في الثمن فكذلك في مسألتنا .

(فرع) فإذا قلنا يأخذ بمثل الدين فقد روى ابن حبيب عن مالك إن كان الدين يوم قيام الشفيع حالا أخذه به حالا وإن كان بقي من الأجل شيء فإلى مثل ما بقي من الأجل وقال أصبغ إنما يستشفع بمثل الدين حالا وجه قول مالك أن حكم الشفعة مساواة الشفيع المشتري فيما يدفعه عوضا عن المبيع ، وليس من المساواة أن يعجل له ثمنا هو مؤجل عليه ووجه قول أصبغ أن الدين الذي كان على البائع تصور فيه أخذ عوضه منه ، وليس للشفيع على المشتري دين مؤجل فيأخذ به شفعته ولا يكاد يتفق أن يكون كل شفيع له على المشتري مثل الدين الذي كان للمشتري على البائع وإلى مثل أجله ولا يجوز أن يزيد في الأجل ولا ينقص منه ؛ لأن ذلك يدخله بيع وسلف فلذلك لم يصح مراعاة الأجل في الشفعة والله أعلم

.

(مسألة) ومن اكترى إبلا إلى مكة بشقص ، أو استأجر به أجيرا ، أو اكترى دارا سنة ففي المجموعة عن مالك للشفيع أن يأخذ بمثل كراء الإبل وبقيمة الإجارة وقال أشهب بمثل كراء الإبل إلى مكة من مثل صاحبها إن كان مضمونا فعلى الضمان ، وإن كانت معينة فعل التعيين وقاله ابن الماجشون في الإجارة بمثل أجرة من استؤجر .

(فرع) فإذا تعذرت الدواب المعينة في بعض الطريق ، أو مات الأجير ، أو انهدم المسكن في نصف السنة فليرجع البائع بقيمة نصف شقصه على المبتاع ولا ينتقض على الشفيع بشيء قاله ابن المواز وقال أشهب في المجموعة يرجع عليه المتكاري بنصف ما كان يأخذه منه من قيمة كراء إبله إلا أن تكون قيمة كرائها أكثر من قيمة الشقص فيكون الشفيع هو الراجع عليه بنصف كراء إبله ويدع له من ذلك نصف قيمة الشقص ونحوه لعبد الملك .

(فصل) وقوله فيقول المشتري قيمة الوليدة مائة ويقول الشفيع قيمتها خمسون يريد أن مشتري الشقص بالوليدة والشفيع اختلفا في قيمة الوليدة التي هي ثمن الشقص فيقول المشتري قيمة ذلك مائة ليأخذ من الشفيع مائة ويقول الشفيع خمسون ليأخذ الشقص بخمسين وقد قال مالك أن القول قول المشتري يحلف على المائة ، ووجه ذلك أن الشقص في يده والقول قول صاحب اليد فإذا حلف فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بمائة ، أو يتركه ، وفي كتاب ابن المواز والمجموعة في اختلاف المشتري والشفيع في الثمن إذا أتى المشتري بما لا يشبه الثمن ، أو جهلوا الثمن أخذه الشفيع بقيمته يوم ابتاعه المبتاع ونحوه قال ابن حبيب عن أصبغ وروي عن مطرف أن القول قول المبتاع ، وإن جاء بسرف وقد روى أشهب في الموازية عن مالك إن أتى المشتري بما يشبه فهو مصدق بغير يمين وفيما لا يشبه باليمين وروى ابن القاسم عن مالك يصدق المشتري فيما يشبه ولا يصدق فيما لا يشبه إلا أن يجاوره مالك فيصدق فيما يتغابن به قال محمد لم يختلف مالك وأصحابه في أن الشفيع لا يأخذه إلا بما قال المشتري إذا أتى المشتري بما يشبه واختلفوا إذا أتى بما لا يشبه على ما تقدم قال محمد وهذا كله إذا لم يدع الشفيع معرفة الثمن فإن ادعى معرفته فلا بد من يمين المبتاع فإن نكل حلف الشفيع وأدى ما قال وقاله مالك في موطئه يشير والله أعلم إلى قوله في هذه المسألة المذكورة فوق هذا من الأصل ويحلف المبتاع .

(فرع) ولو صدق البائع أحدهما ففي العتبية من سماع أشهب لا ينظر إلى قوله ولا يقبل شهادته ولا يأخذ أحدهما إلا بما قال المشتري ، وذلك أنه شاهد لعقد عقده فهو يشهد على فعل نفسه ولا يصح ذلك وإنما يصح أن يشهد الشاهد على فعل غيره ، أو قول غيره ، وفي كتاب ابن مزين لا تجوز شهادته ؛ لأنه دافع عن نفسه ومعنى ذلك أنه يخشى أن يستحق الأرض فيأخذ منه الشفيع الثمن الذي أعطاه ويرجع هو على الشفيع بما أخذ منه .

(مسألة) ولو اختلف البائع والمشتري في الثمن ففي المجموعة لأشهب يتحالفان ويتفاسخان وتبطل الشفعة وقال ابن القاسم إن حلفا ، أو نكلا فسخ البيع وبطلت الشفعة فلم يكن للشفيع أن يأخذ ما ادعاه البائع ، ووجه ذلك أن الشفعة مرتقبة على نفوذ البيع فإذا بطل البيع بينهما بطلت الشفعة .

(فصل) وقوله يحلف المبتاع على قيمة ما اشترى به يريد والله أعلم قيمته يوم اشترى به ؛ لأن زيادة قيمته قبل ذلك ، أو نقصانه لا اعتبار به ؛ لأنه إنما زاد أو نقص عن ملك من صار إليه واليمين في ذلك تكون على وجهين أحدهما مع عين السلعة والثاني مع وجودها فأما مع عدم عين السلعة فإنهما إن اتفقا على صفتها دعا لها المقومون وإن اختلفا في صفتها

فالقول قول المبتاع في صفتها على رواية الموطإ يحلف على ذلك ، ثم يقوم المقومون تلك الصفة وأما مع وجود السلعة فإنه يكون على وجهين أحدهما أن يدعي أحدهما أنها كانت من الصفة على غير ما هي عليه الآن والثاني أن يتفقا على ذلك ويختلفا في صفتها يوم التبايع فإما أن يدعي أحدهما تغييرا بالزيادة والآخر تغييرا بالنقصان ، أو يدعي المشتري من التغيير أقل مما يقر له به الشفيع .

(ش) : الهبة تكون على ضربين لغير الثواب وللثواب فأما الهبة لغير الثواب فهي كالصدقة والظاهر من قول مالك أنه لا شفعة فيها وقال ابن عبد الحكم في المختصر اختلف قول مالك في الشفعة في شقص يوهب لغير الثواب فقال القاضي أبو محمد في الهبة لغير الثواب والصدقة روايتان إحداهما وجوب الشفعة والثانية إسقاطها وجه القول بنفيها أنه انتقال ملك بغير عوض عنه فلم تثبت فيه الشفعة كالتوارث ووجه القول الثاني أنه انتقال ملك حال الحياة فلم يمنع الشفعة فيه كالهبة للثواب (فرع) فإذا قلنا تبقى الشفعة فيه فانعقدت الهبة على غير الثواب فأثيب فيه ففي المدونة لا شفعة فيه ، وفي الموازية ولا في عوضه ووجه ذلك أن الثواب عنها هبة مبتدأة فكان لها حكم الأولى .

(الشفعة في الهبة للثواب)

(مسألة) وأما الهبة للثواب فالشفعة فيها ثابتة قولا واحدا سواء كان الثواب نقدا ، أو عرضا على ما ذكر في الأصل وهذا يقتضي الأخذ بالشفعة بعد الإثابة وفي الموازية لا تجب الشفعة حتى يدفع الثواب ، أو يقضي به ويعرف هذا قبل فوات الهبة قولا واحدا وأما بعد فواتها ففي العروض بالزيادة والنقصان وحوالة الأسواق ، وفي الدور عند ابن القاسم وعند أشهب وابن عبد الحكم هو فوات أيضا في الربا في الهبة للثواب والبيع الفاسد فقد قال أشهب إذا فاتت بذلك فقد وجبت القيمة ولزمت الشفعة وقال ابن القاسم وابن الماجشون لا تجب الشفعة حتى يدفع الثواب ، أو يقضي به ويعرف ورواه ابن حبيب عن مطرف قال عبد الملك إذ لعله يقول لم أرد ثوابا فإن رأى الناس أنه أراد به الثواب قال ابن المواز ، وإن ترك الثواب لموضع الشفعة فلا شفعة إلا بعد دفع الثواب ومعنى ذلك أن الثواب مجهول وإنما ينفذ بإنفاذه أو بالقضاء به ووجه قول أشهب عندي أن يقضي له بالشفعة بالقيمة التي قد لزمته ، وذلك جائز في الشفعة ؛ لأن الشفيع شهد أنه قد أخذ بالشفعة قبل أن يعلم الثمن فيجوز له ذلك فليس من شرط الأخذ بالشفعة كون الثمن معلوما وإنما ذلك من شرط لزومها له وهذا الظاهر من قول مالك ، وفي الموطإ ليس له أن يأخذ بالشفعة ما لم يثب منها ومعنى ذلك إذا لم يثب والله أعلم وأحكم .

(مسألة) وإذا أثاب من الهبة بأكثر من قيمتها ففي الموازية لأشهب إن كان قبل فواتها فإن الشفيع يأخذ بجميع العوض ، وإن كان بعد فواتها أخذ بالأقل من الثواب ، أو قيمة الهبة وقال ابن القاسم وعبد الملك لا يأخذ إلا بقيمة العوض ما بلغ وجه قول أشهب أن الثواب قبل الفوات ثواب لجميع الهبة ؛ لأنه لم يلزمه بعد شيء أقل من ذلك ولا أكثر وبعد الفوات قد لزمته القيمة مبتدأة فما زاد بعد فهو هبة مبتدأة فلم يلزم الشفيع وجه القول الثاني أن الثواب متناول لجميع الهبة ومقابل لها ولا فرق بين ما قبل الثواب وبعده ؛ لأنه لو دفع القيمة قبل الفوات لم يكن للواهب غيرها ، وكذلك بعد الفوات وما زاد على ذلك في الوجهين فهو زيادة في الثواب لا هبة متميزة فلا فرق بين الموضعين وهذا معنى قول مالك فإن أثيب منها فهو للشفيع بقيمة الثواب ومسألة الموطإ مبنية على المساواة بين الحالين .

(مسألة) فإن أظهر الواهب هبة لغير ثواب وعلى وجه الصدقة وادعى الشفيع الثواب فقد قال مالك لا يمين على المتصدق عليه إن كان ممن لا يتهم ، وإن كان ممن يتهم أحلف وقال ابن نافع عن مالك في المجموعة إن رأى أنه وهب للثواب ؛ لأنه محتاج وهب عينا فاليمين على الموهوب له أو على ابنه إن كان صغيرا ، وإن كان غنيا عن الثواب وإنما وهب لصداقة وقرابة فلا يمين في ذلك ، وإن لم يكن حاجة ولا قرابة ولا إخاء فاليمين في ذلك .

(فصل) إذا ثبت ذلك فإن انتقال المملوك يكون بغير عوض وقد تقدم ذكره ويكون بعوض ومعظم أبوابه البيع ويلحق به الهبة للثواب وقد تقدم ذكرها ومن ذلك الإجارة مثل أن يشتري شقصا من أرض بسكنى داره ، أو ركوب إبله فالشفعة في ذلك كله ويأخذه الشفيع بقيمة الإجارة ؛ لأن السكنى والركوب كالعرض فيأخذ الشفيع بقيمة ذلك ، وكذلك قيمة الشقص يؤخذ في دم الخطأ فإنه يأخذه الشفيع بالدية ؛ لأنه عوض عن مال فلا يخلو أن يكون ذلك المال من العين وقد تقدم ذكره ، أو يكون من أهل الإبل ففي المدونة عن ابن القاسم أن الشفيع يأخذ بقيمة الإبل فأما على قول أشهب فيمن اشترى شقصا بعروض مؤجلة غير معينة أخذ الشفيع بالقيمة فلا فرق بينهما وعلى قول ابن المواز إنما يأخذ بمثلها والفرق بينهما أن إبل الدية غير موصوفة فلذلك عدل إلى القيمة والله أعلم .

(مسألة) ومن ادعى على رجل في شقص فصالحه على الإنكار فلا شفعة فيه ولو صالحه بشقص آخر فلا شفعة في الثانية بقيمة ما ادعاه قاله ابن المواز ، وإن صالحه على الإقرار فالشفعة فيه ؛ لأنها معاوضة .

(مسألة) وأما ما كان عوضا لغير مال كدم العمد فللشفيع الأخذ بالشفعة بقيمة الشقص ؛ لأنه ليس له عوض من المال وإنما عوضه غير مال فلما لم يكن لعوضه قيمة أخذ بقيمة نفسه وهذا إن صالحه بالشقص عن دم العمد وأما لو صالحه عن الدم بمال ، ثم أخذ به الشقص ففي الموازية يأخذ الشفيع الشقص بما كانا اتفقا عليه من دية معجلة أو مؤجلة .

(مسألة) وأما الشقص ينكح به ، أو يخالع ففيه الشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا شفعة فيه والدليل على ما نقوله أنه شقص ملك بنوع معاوضة فثبتت فيه الشفعة كما لو ملك بالبيع ويأخذه الشفيع بقيمة الشقص خلافا للشافعي في قوله يأخذه بمهر المثل والدليل على ما نقوله أن البضع ليس بمال فيتقدر به ثمن المبيع فيه ، وليس كل مهر المثل هو الثمن فيلزم ذلك الشفيع كأخذه من دم عمد .

(ش) : وهذا كما قال إن من اشترى شقصا بثمن مؤجل فإن الشفيع إنما يأخذه بمثل ذلك الدين إلى ذلك الأجل ؛ لأن من حكم الشفعة إنفاذها بالثمن الأول في قدره وصفته وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له الأخذ بثمنه حالا أو الانتظار إلى أن يحل الأجل فيأخذه بالنقد ووجهه ما قدمناه .

(فصل) وقوله وإن كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل لما قدمناه من المماثلة وهذا إذا تساويا في الملاء والثقة وإن كان المشتري أتم غنى من الشفيع وثقة قال أشهب في المجموعة والموازية لم يكن في مثل ملاء المشتري فليأت بحميل في مثل ثقة المشتري وملائه قال ابن المواز والذي عندنا أنه ليس عليه حميل إذا كان مليا ثقة ، وإن كان المبتاع أملأ منه وجه القول الأول ما يلزم من التساوي في الثمنين فكذلك في الذمتين اللتين هما محلان لهما لا سيما مع التأجيل ويؤيد هذا التأويل قوله يأتي بحميل ثقة مثله الذي اشترى منه الشقص قال محمد ولم يشترط هذا في رواية ابن القاسم وعبد الملك عن مالك ووجه القول الثاني أن التساوي إنما يجب فيما يتعلق به الحكم وهو الملاء أو العدم فيعتبر بذلك دون التفاضل إذ الذمم

لا تكاد تتساوى ولا تأثير لها في الأخذ بالشفعة ؛ ولذلك لو كان الشفيع أتم ملاءة وثقة لم يؤثر ذلك في أخذه بالشفعة نقصا من الثمن ولا الأجل ولا إثباتا لشفعة حيث لا تثبت لمن كان دونه فإن لم تؤثر زيادة حال الشفيع على حال المشتري فكذلك نقصها والله أعلم وأحكم .

(فصل) وقوله ، وإن كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل فجاء بحميل ثقة مثل المشتري فذلك له فيه مسألتان إحداهما أنه يريد أنه إن كان عديما لم يسلم إليه الشفعة ؛ لأن في ذلك تغريرا بالشقص لئلا يتلفه قبل الأداء فلا يوجد ما يؤخذ منه ثمنه فلا يسلم إليه حتى يأتي بحميل ثقة ، أو رهن وفي بذلك الثمن إلى ذلك الأجل ؛ لأن في ذلك أمانا مما يخاف منه مع العدم والمسألة الأخرى تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى .

(مسألة) وهذا إذا كان المبتاع مليا فإن كان عديما واتفقا في العدم فللشفيع الأخذ بالشفعة دون حميل ولا رهن رواه ابن المواز قال محمد لا شفعة له أن يأتي بحميل ثقة كان المبتاع ، أو عديما ، أو لم يكن وجه القول الأول ما ذكرناه من مراعاة التساوي ووجه القول الثاني أن عهدة المشتري بالدين على الشفيع وقد يثق البائع بالمشتري بما لا يثق به المشتري بالشفيع كما لو أراد أن يهبه الثمن ويتركه له بعد البيع لم يلزم ذلك المشتري للشفيع .

(مسألة) ولو لم يقم الشفيع حتى حل الدين وأدى الثمن فله الأجل مستأنفا مثل ما كان للمشتري قاله عبد الملك في الموازية والمجموعة ورواه ابن حبيب عنه وعن مطرف ومالك وزاد فإن لم يكن مليا ولم يأت بحميل فقد قطع السلطان شفعته فلا شفعة له ، وإن وجد حميلا بعد ذلك وروى ابن حبيب عن أصبغ لا يأخذه بعد الأجل إلا بالنقد ووجه القول الأول ما قدمناه من التماثل في العوضين وللأجل في ذلك تأثير فقد يشتري الأصل بالتأجيل بمثلي ما يشترى بالنقد ووجه قول أصبغ أن الأجل قد كان لهما جميعا للمشتري وللشفيع فإذا انقضى في حقهما انقضى والله أعلم وأحكم .

(ش) : وهذا على ما قال ، وذلك أن الأخذ بالشفعة للشفيع ثابت ما لم يترك أو يظهر منه ما يدل على الترك أو يأتي من طول المدة ما يعلم منه أنه تارك للشفعة وعند أبي حنيفة والشافعي أنهما على الفور قال مالك في الموازية والمجموعة لا تقطع شفعة الغائب غيبته ولو طالت وإن لم يشهد في غيبته أنه على شفعته ، ووجه ذلك أن المغيب عذر في تركه القيام في الشفعة فلم يسقط بذلك حقه كالإغماء والجنون .

(مسألة) وهذا إذا كانت غيبته بعيدة فإن كانت قريبة قال أشهب في الكتابين إن كانت غيبته قريبة لا مؤنة عليه في الشخوص فهو كالحاضر قال في المجموعة وهذا إذا طال زمانه وعلم بوجوب الشفعة ، ووجه ذلك أنه لا مضرة عليه في طلب الشفعة فكان طول إمساكه عن المطالبة بها بمعنى تركها كالحاضر .

(مسألة) وأما الحاضر فقد قال أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان إحداهما أنه لا حد لذلك والثاني أن له حدا وجه الرواية الأولى " قول النبي صلى الله عليه وسلم إنما الشفعة فيما لا يقسم " وهذا على عمومه في الأوقات والأحوال ومن جهة المعنى أن هذا حق متعلق بالمال وكان المشتري عالما به وقادرا على إزالته عن نفسه بتوقيفه فإذا لم ينقطع حق المشتري من التوقيف بمضي المدة لم ينقطع حق الشفيع بمضي المدة ووجه الرواية الثانية أن في ترك الشفيع على شفعته إضرارا بالمشترى ومنعا له من التصرف في ملكه بالعمارة والإنفاق له فكان له حد ينتهي إليه يأمن المبتاع عند انقضائه الشفعة ولا يقطع حق المشتري تركه إيقاف الشفيع كما لا يقطع الشفيع تركه الإشهاد بالأخذ بالشفعة .

(فرع) فإذا قلنا بتحديد المدة فقد روى ابن القاسم عن مالك السنة والسنتان قريب وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقطع الشفعة مضي السنة إلا أن يوقف وقال لا أرى الخمس سنين طولا وروي عن أصبغ هو على شفعته السنتين ونحو ذلك فإذا قلنا بالسنة وهو الأكثر من قول أصحابنا العراقيين فإن وجه ذلك أن السنة قد جعلت قدرا لقطع الأعذار في الغيبة وغيرها فكذلك في المتمكن من القيام بالشفعة .

(فرع) فإذا قلنا بالسنة فهل يكون لما قرب من السنة حكمها فقد قال أشهب إذا غربت الشمس من آخر يوم من أيام السنة فلا شفعة له وروى أشهب عن مالك السنة قريب ، وذلك يقتضي نفي هذا التقدير وقال ابن ميسر ما قارب السنة دخل في حكمها ووجه القول الأول أن ما حد بالسنة كان حكمه مقصورا عليها كالسنة المضروبة للعنة والجنون ووجه القول الثاني أن المدة المحدودة بالسنين إذا لم تفض إلى فرقة كان حكم ما قارب السنة حكم السنة أصل ذلك مدة الرضاع .

(مسألة) وهذه المدة للشفيع الحاضر فيما لم يوقف قبل أن تنقطع شفعته على حد ما نذكره بعد هذا ، أو يكون له عذر فلا تنقطع شفعته بمضي هذه المدة وقال في المجموعة ليس المرأة في ذلك والضعيف ومن لا يستطيع النهوض مثل غيره وقال مطرف وابن الماجشون ، وكذلك المريض والصغير والبكر كالغائب سواء كان المريض عالما بشفعته أو جاهلا بها وقال أصبغ المريض كالصحيح في ذلك ؛ لأنه يقدر على أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة أنه على شفعته وهذا يقتضي أن الغائب إنما يبقى حكم شفعته إذا لم يعلم بذلك وأما إذا علم فإنه أيضا يقدر على إشهاده بأخذ الشفعة فإن لم يفعل فحكمه حكم الحاضر .

(مسألة) فإذا زالت هذه الأعذار من الغيبة والمرض والصغر وما ذكر قبل هذا فإن لمن زالت عنه من المدة بعد زوالها بمثل ما للشفيع من المدة بعد الشراء رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ، ووجه ذلك أن مدة العذر غير معتبر بها فإذا زال العذر اعتبر من وقت إمكان الأخذ بالشفعة بقدر قيمة ما يعتبر لمطلق الدواعي من وقت البيع ؛ لأنه في حكمه والله أعلم وهذا إذا كان الصغير لا ولي له من أب ، أو وصي أو مقدم من حاكم فإن كان له ولي منهم فإن له من المدة مثل ما لغير المحجور إلا أن يسلمه الولي قبل ذلك فإن ترك الولي الأخذ بالشفعة سنة فلا شفعة له قاله أشهب وقال مالك في المجموعة إن علم الولي بالشفعة وعلم منه في ذلك تفريط وتضييع فلا شفعة للصبي إذا بلغ بعد خمس سنين قال ابن القاسم وأشهب ؛ لأن وليه بمنزلته وقول مالك هذا على أن مدة الشفعة خمس سنين والله أعلم .

(مسألة) وهذا إذا كانت الغيبة متصلة من قبل وقت الابتياع وأما إن كان حاضرا عند الابتياع ، ثم غاب فطالت غيبته حتى انقضت مدة الشفعة ففي المدونة في الشفيع يكون حاضرا عند البيع ، ثم يغيب عشر سنين ، أو أكثر إن كان خروجه في مدة لو قام فيها ثبتت له الشفعة وكان سفره سفرا يعلم أنه لا يرجع حتى ينقضي أمد الشفعة فقد بطلت شفعته ، وإن كانت غيبته يرجع من مثلها قبل انقضاء أمد الغيبة فمنعه مانع فهو على شفعته بعد أن يحلف أنه ما كان تاركا للشفعة وسواء أشهد عند خروجه ، أو لم يشهد ووجه ذلك أنه خرج في مدة كان له الأخذ بالشفعة إلى سفر ينقضي قبل أمد الشفعة فكان بمنزلة الحاضر يترك الشفعة إلى آخر أمدها فإنه إذا قام في بقية من أمد الشفعة كان له الأخذ بالشفعة فإن عاقه من ذلك عائق أبقى له حق الشفعة ؛ لأنها إنما تنقطع بعدم العوائق ؛ ولذلك لم يحتج أن يشهد عند سفره أنه باق على شفعته ؛ لأن بقاء المدة يشهد له بذلك والله أعلم وأحكم .

(مسألة) ولو كان الشفيع حاضرا والمشتري غائبا ففي المجموعة لأشهب سواء غاب بعد الشراء أو اشتراها في غيبته ، أو اشتراها له وكيل فالشفعة ثابتة ، وإن طالت غيبة المشتري قال ولو قام بشفعته لحكم له بها فإن لم يقم لم يضره تأخيره لعذره لتجشم الخصومة فإن كتابة عهدته عليه بحضرته حسن .

(مسألة) ولو كان الوكيل يبني ويهدم ويكري بحضرة الشفيع لم يقطع ذلك شفعته ما لم يكن وكيلا على دفع الشفعة عن المشتري قاله أشهب وقال ابن ميسر إذا كان الوكيل يبني ويهدم بحضرة الشفيع فلا بد أن يلي ذلك معه يريد لشركته في ذلك قال وهذا يقطع شفعته قال ولو لم يل ذلك معه وقامت بينة أنه علم بذلك وهو حاضر فلا شفعة له إذا مضى من المدة ما تنقطع إليه الشفعة .

(فصل) فإذا قلنا أن السنة قريب ولا تقطع الشفعة فهل يجب عليه يمين أنه لم يسكت هذه المدة ؛ لأنه تارك للشفعة روى ابن القاسم عن مالك في العتبية يحلف إن قام بعد ستة أشهر ، وفي الموازية عن مالك يحلف بعد سبعة أشهر أو خمسة ولا يحلف بعد شهرين فعلى هذا المدة على أضرب منها ما يقصر كالشهرين وما كان له حكمهما فهذا يأخذ بالشفعة دون يمين وما هو أطول منها كالسبعة أشهر وما كان له حكمها فهذا يأخذ بالشفعة بعد أن يحلف وطويل المدة ما زاد على السنة في رواية أشهب فهذا تنقطع فيه الشفعة .

(مسألة) وهذا إن علم بالشراء وثبت ذلك عليه ببينة ، أو إقراره ، وإن أنكر العلم به وهو مقيم بالبلد فقد قال ابن المواز عن ابن عبد الحكم أنه مصدق ولو بعد أربعة أعوام قال ابن المواز وإن الأربعة لكثير ولا يصدق في أكثر منها .

(ش) : وهذا على ما قال إن الإخوة إذا ورثوا أرضا فيتوفى أحدهم عن ولد ورثوه ، ثم باع أحد الولد نصيبه فإن إخوة البائع أحق بشفعته ما باع من أعمامه ؛ لأن شركتهم أخص فتختص بمضرة الشركة وتبعيض السهام وبسبب إزالة الضرر من القسمة فكانت الشفعة بينهم أولى وقد قال ابن المواز المشتري والوارث في الشفعة سواء وقال مالك في المجموعة والعتبية ليس المشتري كالورثة ولا العصبة كأهل السهام المفروضة فيحتمل القول الذي في كتاب محمد المخالفة لرواية العتبية ويحتمل أن يريدا الوارث الواحد يشارك المشتري أنه بمنزلته في الشفعة ورواية العتبية في جماعة ورثة يرثون أباهم أن بعضهم أحق بشفعته فيما باعه أشراكهم من الورثة لما قدمناه .

(مسألة) والورثة على ضربين أهل سهم وغير أهل سهم فأما أهل السهم كالجدتين تشتركان في السدس والأخوات الشقائق والأخوات للأب يشتركن في الثلثين والإخوة للأم يشتركون في الثلث والزوجات يشتركن في الربع ، أو الثمن فقد قال مالك في الموازية والمجموعة أهل السهم أحق بشفعة ما باع أهل سهمه من سائر الورثة فإن تركوا الشفعة فأهل الميراث أحق من الشركاء الذين لا يشاركون بذلك الميراث فإن سلم أهل الميراث فسائر الشركاء أحق بالشفعة قال ولم يختلف فيه أصحاب مالك المغيرة وغيره إلا ابن دينار .

(مسألة) فإن كان مع أهل السهام عصبة فباع أحد العصبة فقد قال ابن القاسم الشفعة لأهل السهام والعصبة قاله مالك وأصحابه إلا أشهب فإنه قال الشفعة لسائر الورثة دون أهل السهام وجه القول الأول أن آحاد العصبة مشاركون لجملة أهل السهم فلذلك كان أهل السهم بمنزلتهم في حقوقهم وآحاد أهل السهم لا يشاركون العصبة وإنما يشاركونهم بالجملة ؛ لأن حقوقهم متقدمة وقد تساووا في ذلك ووجه آخر وهو أن معنى التعصيب في هذا الموضع الوراثة لا مزيد عليه ؛ ولذلك

لا تتقرر سهامهم ولا تختص بسهم ما وحق أهل السهم التقديم على العصبة بذلك السهم ؛ ولذلك يضربون به عند العول والعصبة يسقطون عند العول فكل حق للعصبة شاركهم فيه أهل السهم بذلك وحقوق أهل السهم مقصورة عليهم لاختصاصهم بالسهم وحقوقه .

(مسألة) ومن أوصى لهم بثلث ، أو بسهم فباع أحدهم فإن شركاءه أحق بالشفعة من الورثة قاله أشهب في الموازية وقاله ابن عبد الحكم وقال ابن القاسم للورثة الدخول معهم وهذا على ما تقدم من حكم الوصية مع أهل السهام .

(ش) : وهذا على حسب ما قال إن الشفعة بين الشركاء على قدر ما لهم من الأنصباء في المال المبيع بعضه وليست الشفعة على عدد الشركاء قال ابن المواز وقاله علي بن أبي طالب قال أشهب ؛ لأن الشفعة إنما وجبت لشركتهم لا لعددهم فوجب تفاضلهم فيها بتفاضل الشركة قال محمد كعتق رجلين نصيبهما في عبد فالتقويم عليهما بقدر نصيب كل واحد منهما قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندي معنى قول مالك له من الشفعة بقدر نصيبه ، وإن كان قليلا فقليلا وإن كان كثيرا فبقدره ، وذلك إذا تشاحوا فيه يقتضي أنهم إن لم يتشاحوا جاز لهم أن يأخذوا الشفعة على غير هذا ، وإن لم يعط القليل النصيب من ذلك مثل ما يعطي من كثر نصيبه ، أو أكثر وقد حكى القاضي أبو محمد لا تجوز هبة الشفعة ولا بيعها والمشتري للشقص أحق بذلك ممن وهبه إياها الشفيع أو باعها منه .

(فرق) والفرق بينه وبين هذه المسألة أن الموهوب له لا حق له في الشفعة والشفيع الذي أعطى أكثر من حقه منها له حق في الشفعة وإنما صار له نصيبه بالمشاحة ممن يستحق بذلك استحقاقه ولو ترك جميعهم الشفعة لكان له أن يأخذ جميعها فلذلك جاز أن يهبه شريكه بعض الشفعة أو جميعها ؛ لأنه في معنى تركه الأخذ بها .

(فصل) وقوله فإما أن يشتري رجل من رجل من شركائه فيقول أحد الشركاء أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري إما أن تأخذ الكل ، أو تدع الشفعة فليس للشريك إلا ذلك يحتمل أن يريد بقوله فيشتري رجل من رجل من شركائه أن رجلا أجنبيا اشترى من رجل من شركاء المالك فنسبه إليه بمعنى الملك كما يقول صاحبه ومالكه ويحتمل أن يريد به أن رجلا من الشركاء اشترى من رجل من شركائه فيكون الضمير من شركائه عائدا إلى المشتري فإن كان المشتري من غير الشركاء فأراد رجل من جملة الشركاء أن يأخذ بقدر حصته من الشفعة فقال المشتري إما أن تأخذ الجميع ، أو تدع الجميع فلا يخلو أن يكون سائر الشركاء غائبا ، أو حضورا فإن كانوا حضورا وأبوا الأخذ لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الجميع ، أو يترك فإن ترك فلا رجوع له في الشفعة فإن أخذ لم يكن لأحد من الشركاء بعد الترك الدخول معه ، ووجه ذلك أن الأخذ بالشفعة عقد لازم والترك لها مسقط لخيار الشفعة على وجه اللزوم فإذا انعقد ذلك على أحد الوجهين فقد لزم في الجهتين فلا رجوع لأحدهما فيه .

(فرع) ولو أراد الشفيع أخذ الجميع لم يكن للمشتري منعه من أخذ الجميع قاله في المدونة ، ووجه ذلك أن الشفعة مبنية على المنع من التبعيض فكما ليس للشفيع أن يبعضها على المشتري كذلك ليس للمشتري تبعيضها على الشفيع وروى ابن حبيب عن أصبغ إن كان المسلم للشفعة سلمها على وجه الهبة للمبتاع فليس للشفيع إلا قدر سهمه وللمبتاع سهم المسلمين ، وإن كان تسليمه على وجه كراهية الأخذ فللشفيع أخذ الجميع فإن أبى فلا شفعة له وقد تقدم أنه لا تجوز هبة الشفعة لكنه إنما جوز هبتها لمن له حق في ملكها كالمشتري وإذا تركها الشفيع ولم يهبها فإن للشفيع الأخذ بالشفعة فقدم عليه

والله أعلم .

(مسألة) ، وإن كان إشراكه غيبا لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصة أشراكه الغيب حتى يقدموا وليأخذ الآن الكل ، أو يترك فإن ترك فلا دخول له مع أصحابه إذا قدموا وأخذوا الشفعة فإن قدم واحد ممن غاب قيل له خذ الجميع أو اترك الجميع ولو أخذ الحاضر الجميع فمن قدم دخل معه في الشفعة إن أراد ذلك على قدر حصتهما كما لو لم يكن شريك غيرهما قاله ابن القاسم في المدونة وقاله أشهب في غيرها .

(مسألة) وأما إن كان المشتري أحد الشركاء فأراد أحد شركائه أن يأخذ الشفعة وسلمها سائرهم وقال الشفيع إنك شفيع معي فأنا أترك لك بقدر حصتك من الشفعة فلم أر فيه نصا إلا ما تحتمل هذه المسألة من التأويل قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والذي عندي أن للمشتري أن يلزم الشفيع بأخذ الكل ، أو الترك ، وليس للشفيع إلا ذلك ؛ لأن المشتري أكثر ما فيه أنه شفيع تارك فإن أراد الأخذ بالشفعة أخذ الكل وإلا بطلت الشفعة وهي عند المشتري بالشراء لا بالشفعة والله أعلم وأحكم .

(ش) : وهذا على ما قال أن المشتري إذا اشترى الأرض فعمرها فإن عمارته لها تكون على وجهين أحدهما بالغرس والبناء وما له أصل ثابت والثاني ما ليس له أصل ثابت من الزراعة والحرث والإصلاح فأما ما كانت عمارته بما له أصل ثابت فإن الشفيع لا شفعة له إلا أن يعطيه قيمة ما عمر قاله مالك في الموازية والمجموعة وغيرها ووجه ذلك أنه عمر بوجه حق ؛ لأنه عمر في ملكه فلم يكن للشفيع أن يأمره بالقطع ولا يكون له أن يأخذ الأرض بالشفعة ويشاركه المشتري بالعمارة ؛ لأن ذلك ازدياد من ضرورة الشركة التي شرعت الشفعة لنفيها وتصور هذه المسألة بأن يكون المشتري اشترى الأرض كلها فعمر فيها وهو يعتقد أنها له فاستحق رجل منها حصة وأراد أخذ الباقي بالشفعة وهذا معنى قول مالك أن المشتري اشترى الأرض ، ثم أتى رجل بعد أن عمر فأدرك فيها حقا يريد والله أعلم استحق منها جزأ ، أو أراد بقوله أن يأخذها بالشفعة أنه أراد أن يتملك جميعها وأما من اشترى شقصا من أرض فبنى فيها ، ثم قام الشفيع فإن العمارة تقوم مطروحة نقضا فإن شاء الشفيع أخذ ذلك بقيمته منقوضا وإلا أمره بقلعه قاله مالك في المجموعة ، ووجه ذلك أنه متعد بالبنيان .

(فرع) فإذا قلنا لا يأخذ بالشفعة حتى يعطيه قيمة ما غرس فقد روى أشهب عن مالك في الموازية إنما له قيمة ذلك يوم الأخذ بالشفعة ؛ لأنه قد يهدم قبل ذلك ويبني ويغرس وقال أشهب وقال بعض الناس للغارس ما أنفق ، وليس بصواب وقد ينفق في غراس وحفر عيون الماء الكثير ولا ينبت منه إلا اليسير قال ابن المواز ونحوه قال ابن القاسم وعبد الملك .

(فصل) وقوله ، ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقا يريد يستحق منها جزءا وهذا الجزء الذي استحقه وقد بنى فيه المشتري فإنه ليس له أخذه حتى يدفع إلى المشتري قدر حصة ذلك الجزء من البناء لما قدمناه من أنه بنى بوجه حق فليس له أن يأمره بقلعه ؛ لأنه إتلاف لما بنى وغرس فإن أبى المستحق من أن يدفع إلى المشتري قيمة ما بنى قيل للمشتري ادفع إليه قيمة أرضه دون العمارة المذكورة من الغرس والبناء فإن أبى كانا شريكين المستحق بقيمة أرضه والمشتري بقيمة بنائه ، أو غرسه وهذا المشهور من المذهب وقد تقدم ذكر الخلاف في إحياء الموات ، ووجه ذلك ما قدمناه من تعلق حق كل واحد منهما بحق الآخر على وجه لا يمكن إزالته منه إلا بالضرر وقدم مالك الأرض ؛ لأن ملكه أقدم ؛ ولأن الأرض أثبت في الأصول الثابتة من البناء والشجر فإذا أبى لم يجبر على الشراء ما لا يريد شراءه وعرض على الآخر أن يدفع إليه قيمة أرضه فإن أجاب إلى

ذلك وامتنع منه صاحب الأرض أجبر على ذلك لضعف جنبته من الإباية عن تخليص الملك فإن أبى المشتري أيضا شرك بينهما ؛ لأن هذا الحكم مبني على أن يجبر فيه على البيع إذا دعا إليه الآخر ولا يجبر على الشراء من أباه فلم يبق إلا التشريك بينهما .

(فرع) فإن دفع المشتري إلى المستحق قيمة أرضه وأراد المستحق أخذ بقية الأرض بالشفعة ففي المجموعة عن أشهب أنه اختلف قول مالك فيه قال أشهب ولست أراه وجه نفي الشفعة ما احتج به أشهب من أنه لم يأخذ بالشفعة حتى أخذ قيمة شقصه ومعنى ذلك أن الشفعة إنما ثبتت لنفي الضرر وقد خرج عن الشقص الذي كان يستحق الشفعة قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة له ووجه القول الثاني أن الشفعة قد ثبتت له بشراء المشتري وقد تقدم ملكه فبيعه بعد ذلك لا يسقط حقه من الشفعة وإنما يعتبر في الأخذ بالشفعة بوقت وجوبها وهو وقت شراء المشتري ويجيء على القول الأول أن الاعتبار بوقت الأخذ دون وقت الوجوب فإن بيعه لحصته التي بها يستحق الشفعة ترك لشفعته ؛ لأن الشفعة إنما ثبتت لإزالة الضرر فإذا باع حصته من الملك لم يبق ما يأخذ بالشفعة لنفي الضرر عنه فكان بيعه لحصته يقتضي ترك الأخذ بالشفعة والله أعلم وأحكم .

(فرع) فإن أبى المشتري من دفع قيمة الأرض ورجعا إلى الشركة فإن كانت قيمة الأرض مثل قيمة البناء فهما شريكان بنصفين وهل تثبت بينهما الشفعة قال أشهب ففي المجموعة لا شفعة له في النصف الآخر وقال في كتاب الغصب لابن المواز تكون له الشفعة بما أحدث فيه من البناء فيكون له نصفه أيضا بربع ثمن الدار وربع قيمة البناء بعد أن يحتسب على المشترى بربع قيمة النقض الذي هدم منقوضا .

(ش) : وهذا على حسب ما قال ومعنى ذلك أن الإقالة لا تمنع الأخذ بالشفعة ؛ لأن حق الشفيع قد وجب في الشقص المشترى وأثبت له الخيار في أخذه أو تركه فلم يكن للمشتري والبائع أن يسقطا حقه منه بالإقالة ولا بغيرها ولا خلاف أن للشفيع أن يأخذ بالبيع الأول وهل له أن يأخذ بالإقالة وتكون عهدته على المشتري أم لا مبني على اختلاف قولهم في الإقالة هي بيع حادث أم نقض بيع فإذا قلنا أنها نقض بيع لم يكن له أن يأخذ بالإقالة وإنما له أن يأخذ بالبيع الأول وتبطل الإقالة لما كانت مبطلة لحق الشفيع بعد وجوبه ولزومه ؛ ولذلك قال مالك ولو سلم الشفعة صحت الإقالة وهو الذي قاله مالك في الموازية والمجموعة قال أشهب وهذا استحسان وقال مطرف وابن الماجشون في الواضحة إن رأى أن الإقالة كانت لقطع الشفعة فهي باطل وللشفيع الشفعة ثابتة ، وإن رأى أنها على الصحة صحت الإقالة وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء وإذا قلنا أنها بيع حادث وهو الذي ذكره القاضي أبو محمد فإن له أن يأخذ بالبيع الأول ، أو بالإقالة فتكون عهدته إن شاء على البائع وإن شاء على المشتري مع التساوي في الثمن ولو كانت الإقالة بأقل من الثمن الأول ، أو أكثر فهو بيع حادث ولا خلاف فيه فله أن يأخذ بالأول ، أو الثاني أيهما شاء .

(مسألة) وهذا إذا كانت الإقالة قبل تسليم الشفعة فإن كانت بعد تسليم الشفعة ففي الموازية والواضحة لأشهب ومطرف وابن الماجشون فإن للشفيع أن يأخذ بعهدة الإقالة ، وكذلك الشفعة في الشركة والتولية ، ووجه ذلك أن الإقالة بعد تسليم الشفعة بيع حادث فكان له أن يأخذ بالشفعة ، وإن كان قد سلمها قبل الإقالة كمن باع شريكه فسلم الشفعة ، ثم باع المشتري فإن له أن يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني والله أعلم .

(ش) : معنى ذلك والله أعلم أن من اشترى شقصا من دار ، أو أرض مما فيه الشفعة ومعه في الصفقة ما لا شفعة فيه من الحيوان وغيره من العروض فلا يخلو أن يكون ذلك من ذلك الحائط كعبيده العاملين فيه ودوابه وآلته أو يكون مما لا تعلق له به فإن كان من آلته ففي المجموعة عن سحنون أن ما بيع مع الحائط من آلته ورقيقه أن فيه الشفعة ؛ لأن صلاح الحائط لا يتم إلا به كالعين تباع مع الأرض ، وفي الموازية والدواب والرقيق والآلة أنه كبعضه يريد أن الشفعة فيه على وجه التبع للحائط قال إلا أن يكون إنما أضيف إليه يوم الصفقة وقد كان أخرج منه قبل ذلك فلا شفعة فيه فهذا على ما قال وإنما يكون له حكم التبع إذا كان قد أثر في الحائط عمله ، أو العمل به فأما ما لم يعمل به بعد في الحائط ولم يكن فيه تأثير فلا يكون صفة من صفات الحائط على ما تقدم في المساقاة وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى .

(مسألة) وأما إن كان غير متعلق بالمبيع ولا تبعا له مثل أن يبيع شقصا وثوبا بثمن ما أن الثمن يفض على الشقص والثوب وما أصاب الشقص فهو ثمنه وبه يأخذ الشفيع إن شاء وما أصاب الثوب فهو ثمنه ويبقى للمشتري قال في كتاب ابن المواز ولو استوجب الشقص قبل المعرفة بما يقع عليه من الثمن لم يجز ومعنى ذلك أن يستوجبه على أنه عليه بما يصيبه من القيمة دون خيار له عند معرفة القيمة فذلك غير جائز وأما أن يستوجبه على أني قد أخذت بالشفعة ، وإن لم يعلم الثمن فلذلك تأثير عندي في طول أمد الشفعة ولا يقال فيه أنه غير جائز ؛ لأنه على حسب ما كان عليه من الخيار إذا عرف الثمن .

(مسألة) ولو باع شقصا وقمحا بدنانير فلا بد من تقويم الشقص والقمح قاله في الموازية مالك وابن القاسم وأشهب ووجه ذلك أنه إذا اشتملت الصفقة عليهما فلا سبيل إلى معرفة حصة الشقص إلا بمعرفة قيمة الشقص وقيمة القمح فيفض الثمن عليهما ولو باع منه شقصا أو مائة درهم بدينار فلا بد أيضا من تقويم الدراهم والشقص قال محمد وهذا على قول أشهب بتجويز الصرف والبيع معا .

(فصل) وقوله ولو قال المشتري خذ ما اشتريت جميعا فإني إنما اشتريته جميعا فإنه إنما يأخذ ما فيه الشفعة يريد أنه لا يلزم ذلك الشفيع ولو اتفقا على ذلك لجاز وكان بيعا مستأنفا ؛ ولذلك قال مالك ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئا إلا أن يشاء ذلك .

(ش) : معنى ذلك أن بعض الشفعاء إذا سلم الشفعة وأراد بعضهم الأخذ بها فإن أراد أن يأخذ جميعها لم يكن للمشتري أن يمنعه من ذلك ؛ لأنه شفيع فلا تتبعض عليه الشفعة للمشتري كما لو انفرد .

(مسألة) فإن أراد أن يأخذ بقدر حصته فلا يخلو أن يسوغه ذلك المشتري ، أو يمنعه منه فإن سوغه ذلك جاز ؛ لأن الحق في استيعاب الشفعة إنما هو حق لهما وغير خارج عنهما فإذا رضيا بترك ذلك جاز كالبيع وإن أبى المشتري من ذلك فعلى ما قال في الأصل لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الجميع ، أو يترك الأخذ بالشفعة لما على المشتري في أخذ الشفيع بعض ما اشتراه من الشقص من الضرر بتبعيض صفقته وأخذ بعضها وإلزامه سائرها .

(ش) : قوله في نفر شركاء في دار واحدة وصف البيع بأنه من دار واحدة على سبيل التمثيل والتقريب ولا فرق بين الدار الواحدة في ذلك والدور الكثيرة ولو باع رجل حصته من ثلاثة دور لكان الشفيع إنما يأخذ ما اشتراه في الثلاث الدور ، أو يترك الكل ، وليس له أن يأخذ ما اشتراه من إحدى الدور ويترك ما اشتراه من سائرها إذا كان شريكه في جميعها وكان

المشتري اشترى ذلك في صفقة واحدة قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة ووجه ذلك ما قدمناه من مضرة تبعيض ألا ترى أن من اشترى أرضا ، ثم استحق الكثير منها فإن له رد سائرها لضرر الشركة الطارئة بالاستحقاق .

(مسألة) ومن اشترى من رجلين شقصا من دارين وشفيعهما واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ حظ البائعين دون الآخر قاله مالك في المدونة وقاله في غيرها ابن القاسم وأشهب وغيره ووجهه أنه تبعيض بصفقة المشتري فلم يكن ذلك للشفيع كما لو اشترى من واحد .

(مسألة) ولو اشترى ثلاثة رجال من ثلاثة رجال دارا أو أرضا ونخلا وشفيع ذلك كله رجل واحد ففي المدونة لابن القاسم إنما له أن يأخذ ذلك كله ، أو يترك سواء اشترى ثلاثة من ثلاثة ، أو ثلاثة من واحد ، أو واحد من ثلاثة إذا كان في صفقة فأما شراء واحد من ثلاثة فظاهر وأما الشفعة فيما اشترى ثلاثة من ثلاثة أو ثلاثة من واحد فإن كان ذلك على الإشاعة بينهم فبين أيضا وقد أشار أشهب في الموازية والمجموعة إلى أن هذا معنى المسألة وقال أن له أخذ حصة أحدهم دون الباقين ، وإن كان اشترى كل واحد منهم حظ رجل انفرد به فما أعلم وجه الصفقة لذلك ولا يظهر عندي فيه وجه لثبوت الشفعة ؛ لأنه ليس فيه تبعيض لصفقة أحدهم والله أعلم وأحكم وقد قال ابن القاسم في الموازية وغيرها في الرجلين يشتريان حصة رجل من أرض ليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لما ذكرناه من اشتراكهما في المبيع والصفقة وقد قال أشهب أن يأخذ حصة أحدهما قال محمد هو أحب إلينا وقاله سحنون .

(مسألة) ولو بعت حظا من دارين من رجل واحد ولكل واحد حظ شفيع فلكل واحد منهما أخذ ما هو شفيع فيه دون ما لا شفعة فيه يفض الثمن بينهما ، ثم يأخذ بالشفعة ولو أخذ بالشفعة قبل معرفة ما يصيب ما يأخذه من الثمن لكان أخذه باطلا قاله ابن القاسم وأشهب ، ووجه ذلك أنه إنفاذ البيع بثمن مجهول ، وذلك غير جائز ومعنى ذلك عندي على مذهب من يرى الشفعة بيعا أن ينفذ الأخذ بالشفعة فيلزم الشفيع والمشتري وأما قول الشفيع قد أخذت بالشفعة ولم يعرف الثمن فإنه ليس بأخذ لازم له وله الخيار إذا عرف الثمن ، ولكن له تأثير في أخذ الشفعة والله أعلم وأحكم .." (١)

"من السيد / م أ ك بطلبه المتضمن أن السائل يريد الجواب عن السؤال الآتى هل ينعقد زواج امرأة بالغ ثيب شرعا وهى غائبة عن مجلس العقد ببلد بعيد ويقبض مهرها من وكيل وقع الوثيقة وقبض المهر دون وكالة بالعقد أو القبض عنها .

وطلب السائل بيان الحكم الشرعى فى هذا الموضوع

الجواب

عقد الزواج المسئول عنه هو نوع من أنواع الزواج الموقوف وهو الذى يباشره من ليست له ولاية شرعية ينفذ بها عقده ويترتب بها الآثار عليه وإن كانت له الأهلية إلى يصح بها العقد .

وجاء فى فقه الحنفية إن من يعقد لغيره من غير ولاية تامة ولا وكالة عنه كان فضوليا ويتوقف عقده على اجازة المعقود عليه – **والعقد الموقوف** قبل اجازته لا يترتب عليه شىء من آثار الزوجية فلا يحل فيه الدخول بالزوجة ولا يقع فيه طلاق وإذا

---

(١) المنتقى – شرح الموطأ، ٤٩٨/٣

مات أحد الزوجين فى هذه الحالة لا يرث الآخر - فإذا اجازه من له الاجازة نفذ وثبتت له جميع الأحكام - وعلى هذا فيكون عقد الزواج المسئول عنه هو عقد صحيح شرعا إلا أنه غير نافذ ولا يترتب عليه شىء من آثار الزوجية .

فإذا اجازته المرأة أو وكيلها المفوض عنه نفذ وترتبت عليه آثاره وإن لم تجزه هى أو وكيلها بطل ، هذا هو حكم الزواج الذى يجريه من ليس بوكيل (الفضولى) شرعا أما موضوع توقيع شخص على الوثيقة كوكيل وهو ليس بوكيل فهذا إن صح يرجع فيه إلى جهة القضائية المختصة .

ومن هذا يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله سبحانه وتعالى أعلم .

الموضوع(٣٣٣٤) أثر الردة على عقد الزواج .

المفتى : فضيلة الشيخ محمد خاطر .

٢٩ صفر سنة ١٣٩٥هجرية - ١٢ مارس سنة ١٩٧٥م .

المبادئ :

١- إذا ارتد الزوج عن الإسلام انفسخ عقد الزواج فى الحال دون توقف على القضاء .

٢- المقرر شرعا أن المسيحى إذا أسلم اعتبر مسلما من تاريخ اشهار إسلامه .

فإذا ما ارتد اعتبر مرتدا من تاريخ ردته .

٣- إذا عاد الزوج بعد ردته وأراد العودة لزوجته لزمه أن يعقد عليها من جديد سواء أكانت فى عدته أم خرجت منها ما لم تحرم عليه تحريما مؤقتا أو مؤبدا بسبب آخر .

سئل :

من / ك .

جورجى بطلبه المتضمن أن شخصا مسيحيا أشهر اسلامه رسميا فى سنة ١٩٦٢ ثم وثق زواجه بمسيحية فى سنة ١٩٦٣ - ثم عاد تحت ظروف خاصة إلى المسيحية وتزوج بنفس السيدة المسيحية أمام الكنيسة المسيحية بتاريخ ١٩٦٤/٧/٤ وقد ورد فى عقد الزواج الكنسى المذكور أنه انضم للديانة المسيحية فى ١٩٦٤/٥/٦ وقد ولد له طفل من زوجته هذه قيد فى سجل المواليد فى سنة ١٩٧٠ باعتباره مسيحيا - ثم عاد الشخص المذكور وقام بعمل اقرار واشهار توبة أمام الموثق فى ١٩٧٠/١٢/٥ وأقر أن العقد الكنسى السابق اجراؤه يعد باطلا وأنه متمسك بالدين الإسلامى وبعقد زواجه السابق اجراؤه أمام الموثق - وان انضمامه للدين المسيحى يعد باطلا وأنه مسلم من تاريخ اشهار اسلامه وطلب السائل بيان الحكم الشرعى فى الأمور الآتية : ١- هل يعتبر هذا الشخص مسلما من تاريخ اشهار اسلامه وحتى الآن أم لا .

٢- هل يعتبر زواجه من السيدة المسيحية أمام الموثق قائما حتى الآن على الرغم من الزواج الكنسى أم أنه يجب أن يعقد عليها من جديد بعد أن تاب وعاد إلى الإسلام ليكون زواجه صحيحا فى ظل الشريعة الاسلامية .

٣- ما هو وضع الطفل الذى قيد مسيحيا بعد أن تاب والده وعاد إلى الإسلام .

وهل أصبح مسلما بالتبعية أم يجب عمل اقرار بذلك أمام الموثق .

أجاب :

المقرر فى فقه الحنفية أنه إذا ارتد الزوج عن الإسلام انفسخ عقد النكاح فى الحال غير متوقف على القضاء .
وتعتبر الفرقة فسخا . وأن المقرر شرعا أن المسيحى إذا أسلم اعتبر مسلما من تاريخ اشهار اسلامه .
فإذا ما ارتد اعتبر مرتدا من تاريخ ردته .
فإذا ما تاب وعاد إلى الإسلام اعتبر مسلما من تاريخ توبته وعودته الى الإسلام وأن الولد يتبع خير الأبوين دينا وفى الحادثة موضوع السؤال يكون الشخص المسئول عنه مسلما من تاريخ اشهار اسلامه إلى تاريخ ردته .
ويكون مرتدا من تاريخ ردته حتى تاريخ توبته وعودته إلى الإسلام .
ويكون مسلما من تاريخ توبته وعودته االلإسلام وحتى الان ما دام مصمما على توبته ومتمسكا باسلامه .
أما زواج هذا الشخص من السيدة المسيحية أمام الموثق فقد انفسخ بردته على الوجه الذى شرحناه قبلا – وعليه إذا أراد عودة الحياة الزوجية مع هذه الزوجة من جديد بعد التوبة والعودة إلى الإسلام أن يعقد عليها من جديد سواء أكانت لا تزال فى عدته أم خرجت من العدة ما لم تحرم عليه مؤقتا أو مؤبدا بسبب آخر .
أما الطفل الذى ولد له وهو مرتد فيعتبر الآن مسلما تبعا لاسلام والده بعد أن تاب والده وعاد إلى الإسلام لأن الولد كما قررنا سابقا يتبع خير الأبوين دينا .
وههنا الأم مسيحية والأب مسلم .
وهذا إذا كان الحال كما ذكرنا بالسؤال .
والله سبحانه وتعالى أعلم
===============
الموضوع(٣٣٣٤) أثر الردة على عقد الزواج.
المفتى : فضيلة الشيخ محمد خاطر .
٢٩ صفر سنة ١٣٩٥هجرية – ١٢ مارس سنة ١٩٧٥م .
المبادئ :
١– إذا ارتد الزوج عن الإسلام انفسخ عقد الزواج فى الحال دون توقف على القضاء .
٢– المقرر شرعا أن المسيحى إذا أسلم اعتبر مسلما من تاريخ اشهار إسلامه .
فإذا ما ارتد اعتبر مرتدا من تاريخ ردته .
٣– إذا عاد الزوج بعد ردته وأراد العودة لزوجته لزمه أن يعقد عليها من جديد سواء أكانت فى عدته أم خرجت منها ما لم تحرم عليه تحريما مؤقتا أو مؤبدا بسبب آخر .
سئل :
من / ك .." (١)

(١) المفصل في شرح حديث من بدل دينه فاقتلوه، ٢/٤٣٥

" أخرجه عبد الرزاق في مصنفه وهو مرسل وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى وهو ضعيف والأولى ما ذهب إليه الجمهور لأن حديث عمرو بن شعيب قد ورد من طرق يقوي بعضها بعضا ولأنه يتضمن الحظر وهو أرجح من الإباحة والعلة في النهي عنه اشتماله على شرطين فاسدين أحدهما شرط كون ما دفعه إليه يكون مجانا إن اختار ترك السلعة والثاني شرط الرد على البائع إذا لم يقع منه الرضا بالبيع انتهى

قال المنذري وأخرجه بن ماجه وهذا منقطع وأخرجه بن ماجه مسندا وفيه حبيب كاتب الإمام مالك رحمه الله وعبد الله بن عامر الأسلمي ولا يحتج بهما

انتهى

قال الزرقاني ومن قال حديث منقطع أو ضعيف لا يلتفت إليه ولا يصح كونه منقطعا بحال إذ هو ما سقط منه الراوي قبل الصحابي أو ما لم يتصل وهذا متصل غير أن فيه راويا مبهما انتهى

٤ -

([٣٥٠٣] باب في الرجل يبيع ما ليس عنده)

(فيريد مني البيع) أي المبيع كالصيد بمعنى المصيد (ليس عندي) حال من البيع (أفأبتاعه) أي أشتريه (لا تبع ما ليس عندك) أي شيئا ليس في ملكك حال العقد

في شرح السنة هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات فلذا قيل السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط ويجوز وإن لم يكن في ملكه حال العقد وفي معنى ما ليس عنده في الفساد بيع العبد الآبق وبيع المبيع قبل القبض وفي معناه بيع مال غيره بغير إذنه لأنه لا يدري هل يجيز مالكه أم لا وبه قال الشافعي رحمه الله

قال جماعة يكون **العقد موقوفا** على إجازة المالك وهو قول مالك وأصحاب أبي حنيفة وأحمد رحمهم الله كذا في المرقاة

قال المنذري وأخرجه الترمذي والنسائي وبن ماجه وقال الترمذي حسن

[٣٥٠٤] (حدثني عمرو بن شعيب) أي بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص (حدثني أبي ." [(١)]

"لكم صيد البحر أي أي مصيده ليس عندي حال من البيع وفي شرح السنة وبعض نسخ المصابيح بالواو فأبتاع أي اشترى له من السوق قال ابن الملك هذا يحتمل أمرين أحدهما أن يشتري له من أحد متاعا فيكون دلالا وهذا يصح والثاني أن يبيع منه متاعا لا يملكه ثم يشتريه من مالكه ويدفعه إليه وهذا باطل لأنه با ع ما ليس في ملكه وقت البيع وهذا معنى قوله قال لا تبع ما ليس عندك أي شيئا ليس في ملكك حال العقد في شرح السنة هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات فلذا قيل السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط يجوز إن لم يكن في ملكه حال العقد وفي معنى ما ليس عنده في الفساد بيع العبد الآبق وبيع المبيع قبل القبض وفي معناه بيع مال غيره بغير إذنه لأنه لا يدري هل يجيز مالكه أم لا وبه قال الشافعي رحمه الله قال جماعة يكون **العقد موقوفا** على إجازة المالك وهو قول مالك وأصحاب أبي حنيفة وأحمد

(١) عون المعبود، ٢٩١/٩

رحمهم الله وعن أبي هريرة قال نهى رسول الله عن بيعتين في بيعة أي صفقة واحدة وعقد واحد قال المظهر وكذا في شرح السنة فسروا البيعتين في بيعة على وجهين أحدهما أن يقول بعتك هذا الثوب بعشرة نقدا أو بعشرين نسيئة إلى شهر فهو فاسد عند أكثر أهل العلم لأنه لا يدري أيهما جعل الثمن وثانيهما أن يقول بعتك هذا العبد بعشرة دنانير على أن تبيعني جاريتك بكذا فهذا أيضا فاسد لأنه بيع وشرط ولأنه يؤدي إلى جهالة الثمن لأن الوفاء ببيع الجارية لا يجب وقد جعله من الثمن وليس له قيمة فهو شرط لا يلزم وإذا لم يلزم ذلك بطل بعض الثمن فيصير ما بقي من المبيع في مقابلة الثاني مجهولا رواه مالك والترمذي وأبو داود والنسائي وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال نهى رسول الله عن بيعتين في صفقة واحدة الصفقة البيع سمي بها لأن عادة العرب عند البيع ضرب كل من المتعاقدين يده على يد صاحبه رواه أي صاحب المصابيح في شرح السنة أي بإسناده." (١)

" صفحة رقم ١٤١

السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط ، يجوز ، وإن لم يكن
في ملكه حالة العقد.

وفي معنى بيع ما ليس عنده في النساء ، وبيع العبد الآبق ، والطير
المنفلت ، وبيع المبيع قبل القبض ، وفي معناه بيع مال غيره بغير
إذنه لا يصح ، لأنه غرر ، لأنه لا يدري هل يجيزه مالكه أو لا يجيزه
وبه قال الشافعي ، وقال جماعة : يكون **العقد موقوفا** على إجازة المالك
فإن أجازه ، نفذ ، وهو قول مالك ، وأصحاب الرأي ، وأحمد ، وإسحاق
واحتجوا بما روي عن عروة البارقي قال : دفع إلي رسول الله (صلى الله عليه وسلم) دينارا
لأشتري شاة ، فاشتريت له شاتين فبعت إحداهما بدينار ، وجئت بالشاة
والدينار إلى النبي (صلى الله عليه وسلم) ، فذكر له ما كان من أمره ، فقال : بارك الله
لك في صفقة يمينك ، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة ، فيربح
الربح العظيم. ومن لم يجوز وقف البيع ، تأول الحديث على أن وكالته
كانت وكالة تفويض وإطلاق ، والوكيل المطلق يتصرف بالبيع والشراء
ويصح. واختلف أهل العلم أيضا في إعتاق عبد الغير ، وتطليق زوجته
دون إذنه ، فذهب قوم إلى أنه يتوقف على إجازة السيد والزوج ،
وكذلك لو زوج امرأة مالكة لأمرها دون إذنها ، ينعقد موقوفا على إجازتها
وبه قال مالك ، وأصحاب الرأي ، وأبطله جماعة ، وبه قال الشافعي ، وروي." (٢)

---

(١) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ٣٣٥/٩

(٢) شرح السنة ـ للإمام البغوى متنا وشرحا، ١٤١/٨

" صفحة رقم ٢١٩

قال الشافعي : وقد روي هذا الحديث عن سفيان ، عن شبيب بن غرقدة
فوصله ويرويه عن عروة بن أبي الجعد ، ويقال : عروة بن الجعد البارقي
بهذه القصة أو معناها. وبارق : جبل نزله بعض الأزد ، ثم نزل عروة
الكوفة.

وفي الحديث دليل على جواز التوكيل في المعاملات ، وفي كل ما تجري
فيه النيابة ، فقد وكل عمر ، وابن عمر في الصرف ، وكتب عبد الله بن
عمرو إلى قهرمانه وهو غائب عنه : أن يزكي عن أهله الصغير والكبير.

قال الإمام : واختلف أهل العلم في تأويل هذا الحديث ، وفي بيع
عروة الشاة من غير إذن له في البيع ، فذهب بعض أهل العلم إلى أن
من باع مال الغير دون إذنه ، يكون **العقد موقوفا** على إجازة المالك ،
فإن أجاز : صح ، ويحتج بهذا الحديث ، ومنهم من لم يجوز ، وتأول
الحديث على أن وكالته كانت وكالة تفويض وإطلاق ، والوكيل المطلق
يملك البيع والشراء ، ويكون تصرفه صادرا عن إذن المالك. ولا بأس
أن يجعل للوكيل أجرا معلوما على عمله ، كان ابن سيرين وعطاء وإبراهيم
والحسن لا يرون بأجر السمسار بأسا. قال ابن عباس : لا بأس أن يقول
بع هذا الثوب ، فما زاد على كذا وكذا فهو لك ، وقال ابن سيرين :." (١)

"""""""" صفحة رقم ١٧٤ """""""

اليتيمة ، ولا تستأمر إلا من لها ميزة ومعرفة كان لها الخيار والاستئمار إذا بلغت . وحجة القول الأول قول النبي ، عليه السلام : (تستأمر اليتيمة فى نفسها) ، ولا يصح استئمارها إلا ببلوغها ، ولا يجوز أن يكون **العقد موقوفا** على استئمارها بدليل امتناع الجميع من دخول الخيار فى عقد النكاح ، ووقوفها إلى مدة فيها الخيار . وفرق مالك بين اليتيمة واليتيم ، فأجاز للوصى تزويج اليتيم قبل البلوغ من قبل أن اليتيم لما كان قادرا على رفع العقد الذى يوقعه الولى إن كرهه بعد بلوغه جاز ذلك لقدرته على الخروج منه ، وليس كذلك اليتيمة ؛ لأنها لا تقدر إذا بلغت على رفع العقد ؛ لأن الطلاق ليس بيد النساء ، فافترقا لهذه العلة ، ولأن السنة وردت فى منع العقد على اليتيمة حتى تستأمر ، ولا يصح استئمارها إلا بعد البلوغ ، هذا قول مالك . قال المهلب : وفى حديث عائشة من الفقه جواز خطبة الرجل لنفسه إلى ولى المخطوبة إذا علم أنه لا يرده لتأكد ما بينهما ، ويحتمل قول أبي بكر للنبي (صلى الله عليه وسلم) : إنما أنا أخوك ، أن يعتقد أنه لا يحل له أن

---

(١) شرح السنة ـ للإمام البغوى متنا وشرحا، ٢١٩/٨

يتزوج ابنته للمؤاخاة والخلة التى كانت بينهما ، فأعلمه النبي (صلى الله عليه وسلم) أن أخوة الإسلام ليست كأخوة النسب والولادة ، فقال : (إنها لى حلال بوحى من الله تعالى) ، كما قال إبراهيم للذى أراد أن يأخذ منه." (١)

"١٤ – الوكيل يملك الموقوف كالنافذ فلا ينهيها .

وتمامه في نكاح الجامع

s(١٤) قوله : الوكيل يملك الموقوف كالنافذ إلخ .

يعني لأنه بعض ما وكل به فيملكه كما يملك كله لكنه لا يخرج به عن الوكالة ، وهذا معنى قوله ولا ينهيها أي ولا ينهي **العقد الموقوف** الوكالة لأنها لا تبطل إلا بإبطالها أو بانتهائها وإبطالها بالعزل وانتهاؤها بتحصيل ما وكل به ولم يوجد واحد منهما .

أما العزل فظاهر وأما الامتثال فلأن المقصود من العقود أحكامها لا ذواتها والموقوف لا يفيد حكمه فلم يحصل الامتثال فإذا لم يحصل الامتثال بقي على وكالته ، ولهذا يملك فسخه قبل الإجازة لأن الوكالة ما دامت قائمة فالوكيل قائم مقام الموكل وذلك كما لو وكل رجلا أن يزوجه امرأة غائبة وقبل عنها فضولي ثم نقض العهد قبل إجازتها صح نقضه لقيامه مقام الموكل ، ثم لا يشترط لصحة نقض الوكيل حضور موكله ولا حضور المرأة الغائبة بخلاف المشروط له الخيار لا يمكنه نقض البيع في مدة الخيار إلا بحضرة صاحبه والفرق أن **العقد الموقوف** في النكاح لا يظهر في حق الغائب أصلا فكان امتناعا عن الامتناع في حقه ولا ضرر عليه فلا يشترط حضرته ، ففي البيع نقضه تصرف في حق العين وهو رفع العقد لأنه نافذ في حق من لا خيار له فلا بد من حضرته كي لا يلحقه الضرر بغيبته على ما عرف في موضعه .

كذا في شرح تلخيص الجامع للقاضي فخر الدين عثمان المارديني .." (٢)

"(٣) قوله وفي قوله لا تسلم حتى تقبض الثمن إلخ قال في الوجيز شرح الجامع الكبير ولو دفع إليه عبدا وأمره بالبيع ونهاه عن التسليم بعد البيع حتى يقبض الثمن قال محمد النهي باطل وقيل أبو حنيفة معه وقال أبو يوسف يصح حتى لو سلم يضمن الثمن إن هلك وإلا له أن يسترد وكذا لو با ع ثم نهاه عن التسليم انتهى فكان على المصنف رحمه الله أن ينبه على الخلاف قوله بخلاف لا تبع حتى تقبض الثمن إلخ فإنه لا تجوز المخالفة قال في الخانية ولو وكله بالبيع ثم نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن فباع قبل قبض الثمن وسلم المبيع كان البيع باطلا حتى يسترد المبيع من المشتري ثم يبيع قوله لأن التسليم من الحقوق إلخ علة لجواز المخالفة في قوله لا تسلم حتى تقبض الثمن لا علة لقوله لا تبع حتى تقبض الثمن كما هو ظاهر قوله الوكيل يملك الموقوف كالنافذ إلخ يعني لأنه بعض ما وكل به فيملكه كما يملك كله لكنه لا يخرج به عن الوكالة وهذا معنى قوله ولا ينهيها أي ولا ينهي **العقد الموقوف** الوكالة لأنها لا تبطل إلا بإبطالها أو بانتهائها وإبطالها بالعزل وانتهاؤها بتحصيل ما وكل به ولم يوجد واحد منهما أما العزل فظاهر وأما الامتثال فلأن المقصود من العقود أحكامها لا ذواتها

---

(١) شرح صحيح البخارى . لابن بطال، ١٧٤/٧

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٤٨٨/٤

(٣) ٨

والموقوف لا يفيد حكمه فلم يحصل الامتثال فإذا لم يحصل الامتثال بقي على وكالته ولهذا يملك فسخه قبل الإجازة لأن الوكالة ما دامت قائمة فالوكيل قائم مقام الموكل وذلك كما لو وكل رجلا أن يزوجه امرأة ." (١)

"(٢) غائبة وقبل عنها فضولي ثم نقض العهد قبل إجازتها صح نقضه لقيامه مقام الموكل ثم لا يشترط لصحة نقض الوكيل حضور موكله ولا حضور المرأة الغائبة بخلاف المشروط له الخيار لا يمكنه نقض البيع في مدة الخيار إلا بحضرة صاحبه والفرق أن العقد الموقوف في النكاح لا يظهر في حق الغائب أصلا فكان امتناعا عن الامتناع في حقه ولا ضرر عليه فلا يشترط حضرته ففي البيع نقضه تصرف في حق العين وهو رفع العقد لأنه نافذ في حق من لا خيار له فلا بد من حضرته كي لا يلحقه الضرر بغيبته على ما عرف في موضعه كذا في شرح تلخيص الجامع للقاضي فخر الدين عثمان المارديني قوله الوكيل مصدق في براءته دون رجوعه قيل وهل إذا أمر المستأجر بالعمارة يقبل قوله أنه عمر أو لا ذكر المصنف في البحر في الوكالة عند قوله وبشراء هذا بدين له عليه أنه لا يقبل قوله بدون بينة وهي في البزازية في الإجارة قبل العاشر في الحظر وبين عقبها ما إذا اختلفا في القدر ومن ذلك ما ذكره في أول قوله الثالث في المتفرقات من الإجارة ونصه أمر رجلا أن ينفق على أهله عسرة من عنده ليرجع عليه فقال أنفقت وكذبه الآمر وأراد المأمور أن يحلفه أنه ما يعلم أنه ما أنفق له ذلك وفي الظهيرية إذا قال الرجل لآخر استدن على امرأتي وأنفق عليها كل شهر عشرة دراهم وقال أنفقت وقالت المرأة صدق لم يصدق على ذلك إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة فحينئذ يصدق لأنها أخذت بإذن القاضي وكذا هذا في الأولاد الصغار انتهى وقد نقل المصنف رحمه الله فرع الظهيرية في البحر في باب النفقة في قوله ولا تجب نفقة مدة مضت قوله تحالفا ويقسم الثمن أثلاثا إلخ يعني تحالفا إن لم يقم واحد منهما بينة فإن أقام أحدهما بينة قبلت بينته لأن كلا منهما يدعي لنفسه حقا أما الآمر فإنه ." (٣)

"٢٥ الأصل عند الشيخين رحمهما الله أن كل إخبار لا يلزم القاضي القضاء بغير مخبره ولا يتوصل إلى القضاء إلا به فالعدالة من شرطه وليس العدد من شرطه كأخبار الآحاد في الأحكام فإن القاضي إذا قضى بها على رجل بعينه في حادثة بعينها كان قضاءه عليه ببينة أو بإقرار أو بنكول ولم يكن قضاءه عليه بذلك الخبر وأن كان لا يتوصل إلى القضاء بتلك الحجة إلا بهذا الخبر وعنده العدد من شرطه

٢٦ الأصل عند الشيخين أن كل عصير استخرج بالماء فطبخ أدنى طبخه فالقليل منه غير المسكر حلال كالدبس والرب وعند محمد رحمه الله تعالى لا

قواعد الفقه ج:١ ص:٣٤

القسم الثالث ما فيه خلاف بين الطرفين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف رحمهم الله تعالى

(١) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٨/٣

(٢) ٩

(٣) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٩/٣

٢٧ الأصل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا لم يصح الشيء لم يصح ما في ضمنه وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز أن يثبت ما في ضمنه وإن لم يصح

٢٨ الأصل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أن اليمين تنعقد و إن كان المعقود عليه فائتا وعندهما رحمهما الله تعالى لا تنعقد إلا على معقود عليه فإذا لم تنعقد فلا كفارة فيها عندهما رحمهما الله تعالى

٢٩ الأصل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الشروط المتعلقة بالعقد بعد العقد كالموجود لدى العقد وعندهما رحمهما الله تعالى لا يجعل كالموجود

قواعد الفقه ج:١ ص:٣٥

القسم الرابع ما فيه خلاف بين الصاحبين بين أبي يوسف وبين محمد رحمهما الله تعالى

٣٠ الأصل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الشيء يجوز أن يصير تابعا لغيره وإن كان له حكم نفسه بانفراد وعند محمد رحمه الله تعالى إذا كان له حكم نفسه لا يصير تابعا لغيره

٣١ الأصل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى العارض في **العقد الموقوف** قبل تمامه لا يجعل كالموجود لدى العقد وعند محمد رحمه الله تعالى يجعل كالموجود لدى العقد." (١)

"اليتيمة، ولا تستأمر إلا من لها ميزة ومعرفة كان لها الخيار والاستئمار إذا بلغت. وحجة القول الأول قول النبى، عليه السلام: (تستأمر اليتيمة فى نفسها) ، ولا يصح استئمارها إلا ببلوغها، ولا يجوز أن يكون **العقد موقوفا** على استئمارها بدليل امتناع الجميع من دخول الخيار فى عقد النكاح، ووقوفها إلى مدة فيها الخيار. وفرق مالك بين اليتيمة واليتيم، فأجاز للوصى تزويج اليتيم قبل البلوغ من قبل أن اليتيم لما كان قادرا على رفع العقد الذى يوقعه الولى إن كرهه بعد بلوغه جاز ذلك لقدرته على الخروج منه، وليس كذلك اليتيمة؛ لأنها لا تقدر إذا بلغت على رفع العقد؛ لأن الطلاق ليس بيد النساء، فافترقا لهذه العلة، ولأن السنة وردت فى منع العقد على اليتيمة حتى تستأمر، ولا يصح استئمارها إلا بعد البلوغ، هذا قول مالك. قال المهلب: وفى حديث عائشة من الفقه جواز خطبة الرجل لنفسه إلى ولى المخطوبة إذا علم أنه لا يرده لتأكد ما بينهما، ويحتمل قول أبى بكر للنبى (صلى الله عليه وسلم) : إنما أنا أخوك، أن يعتقد أنه لا يحل له أن يتزوج ابنته للمؤاخاة والخلة التى كانت بينهما، فأعلمه النبى (صلى الله عليه وسلم) أن أخوة الإسلام ليست كأخوة النسب والولادة، فقال: (إنها لى حلال بوحى من الله تعالى) ، كما قال إبراهيم للذى أراد أن يأخذ منه." (٢)

"الفرخ في أرضه بغير فعله وحصول السمك بفعله، وإن كان لا يمكن أخذه إلا بآلة ولا يقدر على صيده إلا بشبكة فبيعه لا يجوز لأنه لم يحصل بعد فوت القدرة.

وخرج ابن سريج قولا آخر إن بيعه جائز وليس بصحيح لما ذكرنا والله أعلم بالصواب.

---

(١) قواعد الفقه . للبركتى، ص/٦

(٢) شرح صحيح البخارى لابن بطال ابن بطال ١٧٤/٧

مسألة:

قال الشافعي رحمه الله تعالى: " ومما يدخل في هذا المعنى أن يبيع الرجل عبدا لرجل ولم يوكله فالعقد فاسد أجازه السيد أو لم يجزه كما اشترى آبقا فوجده لم يجز البيع لأنه كان على فساد إذ لم يدر أيجده أو لا يجده وكذلك مشتري العبد بغير إذن سيده لا يدري أيجيزه المالك أو لا يجيزه ".

وهذا كما قال لا يجوز للرجل أن يبيع ملك غيره بغير أمره ليكون **العقد موقوفا** على إجازته ولا أن يشتري له بغير أمره ليكون موقوفا على إجازته ".

قال الماوردي: وأجاز مالك البيع والشراء جميعا على الإجازة.

وأجاز أبو حنيفة البيع على الإجازة دون الشراء استدلالا بحديث ثبت عن ابن فرقدة أنه سمع الحي يتحدثون عن عروة بن أبي الجعد البارقي أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أعطاه دينارا ليشتري له به شاة أو أضحية فاشترى له شاتين، فباع إحداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار فدعا له رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا لربح فيه وبما روي أنه أعطى حكيم بن حزام دينارا ليشتري له به أضحية فاشترى أضحيتين بدينار وباع إحداهما بدينار ثم آتي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بأضحية ودينار.

قال هذان الخبران على جواز له وقوف البيع على إجازة المالك.

قالوا: ولأنه عقد له لم يجز في الحال فجاز أن يقف على الإجازة كالوصية قالوا: ولأنه بيع مال يتعلق به حق الغير فجاز أن يقف على إجازته كالمريض إذا حابى في بيعه. قالوا: ولأن جميع العقد أكمل من شطره فلما وقف شطره وهو البدل على إجازة المشتري بالقبول فأولى أن يصح وقف جميعه على الإجازة بعد البدل والقبول.

قالوا: ولأنه لما جاز أن يكون **العقد موقوفا** على الفسخ إذا ثبت فيه الخيار جاز أن يكون موقوفا على الإمضاء إنما لم يوجد معه الإذن.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – نهى عن بيع الغرر وهذا داخل فيه لتردده بين جوازين.

وروى يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لا تبع ما ليس عندك. يعني ما ليس في ملكك.." (١)

"ويصح البيع الموقوف على إجازة البائع دون المشتري، واستدل بما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقالت يا رسول الله: إن أبي ونعم الأب هو زوجني بابن أخ له أراد أن يرفع بي خسيسته فخيرها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقالت: قد اخترت ما فعل أبي وإنما أردت لتعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء، فلما خيرها والخيار لا يثبت في اللازم ولا في الفاسد دل على أنه كان موقوفا على خيارها وإجازتها قال: لأنه لما جاز أن

---

(١) الحاوي الكبير الماوردي ٣٢٨/٥

تكون الوصية بما زاد على الثلث موقوفة على إجازة الوارث، واللقطة إذا تصدق بها الواحد موقوفة على إجازة المالك لكون المجيز لهما موجودا جاز أن يكون النكاح موقوفا على إجازة من يكون في حال الوقف موجودا.

وتحريره قياسا: أن كل ما كان مجيزه موجودا جاز أن يكون على إجازته موقوفا كاللقطة، والوصية.

قال: ولأنه لما جاز أن يكون موقوفا على الفسخ جاز أن يكون موقوفا على الإجازة.

وتحريره قياسا: أنه أحد نوعي الاختيار فجاز أن يكون **العقد موقوفا** عليه كالفسخ قال: ولأن حال العقد بعد كماله أقوى من حاله قبل كماله فلما جاز أن يكون قبل كماله موقوفا بعد البذل على إجازة القبول فأولى أن يكون بعد كماله موقوفا على الإجازة. وتحريره: أنه أحد حالتي العقد فجاز أن يكون موقوفا على الإجازة كالحال الأولى.

ودليلنا: حديث عائشة: أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فلو صح بالإجازة لوقفه على إجازة الولي، ولما حكم بإبطاله؛ حدث خنساء بنت خدام أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت فرد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – نكاحها ولم يقل إلا أن تشاء أن تجيزي ما فعل أبوك مع حثه على طاعة الآباء، فدل على أنها لو أجازته لم يجز؛ ولأن عقد المنكوحة إذا لم تصر المرأة به فراشا كان فاسدا كالمنكوحة في ردة أو عدة.

وقال أبو حنيفة: إنها لو جاءت في النكاح الموقوف بولد لستة أشهر لم يلحق به؛ ولأن ما انتفت عنه أحكام النكاح من الطلاق، والظهار، والتوارث لم يكن نكاحا كالمتعة.

وقد قال أبو حنيفة: إنه لا يلحقها في زمان الوقف طلاق، ولا ظهار، ولا توارث؛ ولأن ما افتقر إليه عقد النكاح كان تأخره عن العقد مبطلا للنكاح كالشهادة؛ ولأن اشترط لزوم النكاح إلى مدة أقوى من اشتراط لزومه بعد مدة؛ لأن من العقود ما ينعقد إلى مدة كالإجارة، وليس منها ما ينعقد بعد مدة، فلما بطل باشتراط لزومه بعد مد كقوله: تزوجتها شهرا كان أولى أن يبطل باشتراط لزومه كقوله تزوجتها على إجازتها؛ لأنه إذا بطل بما له في الصحة نظير فأولى أن يبطل بما ليس له في الصحة نظير؛ لأن النكاح إذا اعتبر لزومه بشرط متيقن بعد العقد كان أقوى وأوكد من اعتبار لزومه بشرط مجوز بعد العقد، وقد ثبت أنه لو قال: قد." (١)

"اعتراض ثالث:

على القياس في **العقد الموقوف** (١) بأنه نكاح لا تتعلق به الأحكام المختصة به، أو لا ببعضه استباحة، فكان باطلا، كما لو تزوجها في العدة، فإن موضوعه فاسد؛ لأن العقد متبوع والأحكام تابعة، ولا يجوز أن يستدل بعدم التابع على عدم المتبوع، وإنما يستدل بعدم المتبوع على عدم التابع.

وهذا فاسد؛ لأن الشريعة قد تقررت، والأصول قد ترتبت على أن النكاح إذا كان صحيحا تتبعه أحكامه، وإذا كان فاسدا لا تتبعه الأحكام.

فإذا كان كذلك، ووجدنا عقد النكاح لا تتبعه أحكامه، وجب أن يكون (٢) فاسدا.

ولأنهم (٣) ناقضوا في ذلك، وقالوا: لا يصح ظهار الذمي؛ لأنه لا يصح

---

(١) الحاوي الكبير الماوردي ٩/٥٥

= على ذلك؟ قالت: أردت إن كنت كاذبا أن أريح الناس منك، وإن كنت صادقا علمت أن الله تبارك وتعالى سيطلعك عليه، فبسط يده وقال: كلوا بسم الله، قال فأكلنا، وذكرنا اسم الله، فلم يضر أحدا منا) .

قال الهيثمي في مجمع الزوائد في كتاب علامات النبوة، باب: ما جاء في الشاة المسمومة (٢٩٥/٨) : (رواه البزار، ورجاله ثقات) .

راجع هذا الاعتراض في: التمهيد (١٨٤/٤) والكافية في الجدل ص (٤٠٠) .

والمراد **بالعقد الموقوف**: الموقوف على الإجازة، كما صرح به المؤلف في كتابه: الروايتين والوجهين (٨٢/٢) .

والمعنى: أن المرأة إذا تزوجت بغير إذن وليها، ثم أذن الولي بعد ذلك، فهل يصح النكاح والحالة هذه؟ روايتان في المذهب الحنبلي:

الأولى: وهي الصحيحة كما يقول المؤلف: لا يصح ذلك، كنكاح المرتدة والمعتدة.

والثانية: يصح، قياسا على الوصية بأكثر من الثلث.

(٢) في الأصل: (أن لا يكون) .

(٣) هذا إشارة إلى الحنفية.." [1]

" . . . .

ــــــQبعد وأنه قد أمضى ما بيده من ذلك وأنها إن أجازت فالنكاح من قبل الولي قد نفذ.

وقال القاضي أبو الحسن أنه يصح أن ينعقد النكاح الموقوف على إجازة الولي أو إجازة الزوج أو إذن المرأة فيه وقد ذكرنا صفة وقفه على إذن المرأة وهو الذي يذكر أصحابنا جوازه.

(فرع) إذا قلنا بجواز النكاح الموقوف فإنه على ضربين:

أحدهما: أن يعقد الولي ما إليه من العقد ويفعل مثل ذلك الزوج ويبقى ما إلى الزوجة من ذلك وكذلك لو أنفذ الزوج ما إليه من القبول وبقي **العقد موقوفا** على الإيجاب فهذا موقوف أحد طرفيه على الآخر والثاني أن يكمل الولي العقد عن نفسه وعن المرأة على أن للمرأة الخيار فهذا موقوف طرفاه على الخيار.

وقال القاضي أبو الحسن لا فرق في القياس بين إجازته بالقرب أو بعد البعد وإنما استحسن فسخه إذا بعد وإجازته إذا قرب لأن اليسير يجوز في الأصول كيسير العمل في الصلاة وهذا الذي قاله صحيح في النكاح الموقوف طرفاه على الإجازة لا فرق بين قرب الإجازة ولا بعدها في النكاح وكذلك قال القاضي أبو الحسن إن القياس عندي أنه لا يجوز النكاح الموقوف بخلاف البيع الموقوف لأن النكاح ينافيه الخيار ولا ينافي البيع وما قاله بعد ذلك من أن إجازته في قريب المدة دون بعيدها استحسان كإجازة يسير العمل في الصلاة دون كثيره فإن ذلك عندي فيه نظر وذلك أن إجازة يسير العمل في الصلاة دون كثيره ليس من الاستحسان الذي ذهب إليه بل هو الحق الواجب والفرض اللازم والقياس الصحيح الثابت وذلك أن العمل

---

(١) العدة في أصول الفقه أبو يعلى ابن الفراء ١٤٤٦/٥

الكثير ينافي الصلاة بإجماع لأن من حكمها وفرضها الاتصال والعمل الكثير يمنع من ذلك ويسير العمل لا يمكن الاحتراز منه فلذلك فرق بين يسير العمل وكثيره في الصلاة والنكاح الموقوف طرفاه على الإجازة قد وجد جميعه فإن كان وقع عقده صحيحا فيجب أن يجوز طالت مدته أو قصرت وإن كان وقع فاسدا فقد فسد في الوجهين ولذلك قلنا إنه يجوز البيع الموقوف وإن طالت المدة وإنما يفترق ذلك في النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر لأن من سنة النكاح اتصال أحد طرفيه بالآخر ولا بد في ذلك من يسير مهلة لأنه لا يستطاع أن يؤتى بالقبول بعد الإيجاب بغير فصل ولا يفسده تأخر المدة اليسيرة فلذلك كان كثير المدة يمنع انعقاده ويسيرها لا يمنع ذلك كالعمل في الصلاة.

(فرع) إذا ثبت ذلك فيجب أن يكون في النكاح الموقوف طرفاه على الإجازة قولان أحدهما الجواز على كل وجه والثاني المنع على وجه وهو الصحيح عندي.

وقد اختاره القاضي أبو الحسن وأما النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر ففي كراهية ما قرب منه قولان قد تقدم ذكر من أجازه وروى أبو زيد في العتبية قول ابن القاسم في الجارية يزوجها الولي على إن رضيت قال يفسخ ذلك وإن كانت قريبة قيل فإن دخل بها قال ما أدري كأنه ضعف الفسخ بعد البناء ولم يره ولا خلاف على هذا في صحته وإنما الخلاف في كراهيته وفيما بعد من المدة قولان أحدهما الجواز والآخر الإبطال والله أعلم.

(فرع) فإذا قلنا إنه يجوز في قصير المدة دون طويلها فقد روى ابن حبيب عن مالك في الرجل يزوج ابنته أو البكر أو الثيب ولا يستأمرها ثم يستأمرها سرا أو يبلغها فترضى فإن كان ذلك بقرب تزويجه وكانت معه في البلد أو الموضع فإن ذلك جائز وإن كانت بغير البلد أو كانت بعيدة عن موضعه وإن جمعهما البلد أو تباعد ما بين تزويجه إياها بغير أمرها وبين أن علمت فرضيت وأن جمعهما البلد والموضع فلا يجوز بشرط ثلاثة معان اجتماعهما في البلد والموضع وقرب مدة الرضا ولم يعتبر مقدار القرب في مدة الرضا وقال عن مالك في الذي يزوج ابنه الكبير الحاضر بغير علمه أنه إن رضي بحدثان العقد فإنه يجوز وإن كان رضاه بعد ذلك باليوم أو." (١)

"(ص) : (قال مالك في رجل اشترى شقصا مع قوم في أرض بحيوان عبد، أو وليدة، أو ما أشبه ذلك من العروض فجاء الشريك يأخذ بشفعته بعد ذلك فوجد العبد، أو الوليدة قد هلكا ولم يعلم أحد قدر قيمتهما فيقول المشتري قيمة العبد أو الوليدة مائة دينار ويقول صاحب الشفعة الشريك بل قيمتها خمسون دينارا قال مالك يحلف المشتري أن قيمة ما اشترى به مائة دينار، ثم إن شاء أن يأخذ صاحب الشفعة أخذ، أو يترك إلا أن يأتي الشفيع ببينة أن قيمة العبد، أو الوليدة دون ما قال المشتري)

ــــــــQفيها الشفعة كالثياب ووجه القول الثاني أن المنافع لا تنفصل ولا تتم إلا بالأصل الذي يقسم بالحدود فتثبت فيها الشفعة كالثمرة النامية وبمثل هذا احتج ابن المواز؛ لأنه يختار الشفعة فيها.

(فصل) وقوله فإذا وقعت الحدود فلا شفعة نص في أنه لا شفعة في مال بعد قسمته وبهذا قال مالك والشافعي وهو المروي

---

(١) المنتقى شرح الموطإ سليمان بن خلف الباجي ٣/٣١١

عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان.

وقال أبو حنيفة وسائر الكوفيين بإثبات الشفعة للجار الملاصق دون المحاذي والدليل على ما ذهب إليه أهل المدينة قوله – صلى الله عليه وسلم – فإذا وقعت الحدود فلا شفعة والحدود واقعة بين المتجاورين ومن جهة المعنى أن هذا متميز الحق عن ملك المجاور فلم تثبت له شفعة كالجار المحاذي وهو معنى ما روى ابن المسيب أن الشفعة لا تكون إلا بين الشركاء.

(ش) : وهذا على ما قال إن من اشترى شقصا بعرض، ثم جاء الشفيع فإن له أن يأخذ بقيمة ذلك العرض إذا كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود ومعنى ذلك أنه مما لا مثل له، وفي كتاب ابن المواز إن اشتراه على جزاف فعلى الشريك قيمة ذلك الحلي يقوم ذهبه بالفضة ويقوم فضته بالذهب، وكذلك الجزاف من السبائك والرصاص والنحاس والطعام المصبر وأما إن اشتراه المشتري بمكيل أو موزون، أو معدود فإنما عليه مثله، وليس هذا من بيع ما ليس عنده؛ لأنه عقد لا يقف على اختيار المتعاقدين؛ لأن المشتري مغلوب على التسليم وإنما يراعى بيع ما ليس عنده في **العقد الموقوف** على اختيار المتعاقدين على أن فيه اختلافا بين ابن القاسم وأشهب في بيع المرابحة وقد تقدم ذكره.

١ –

(مسألة) :

وإن كان العرض الذي اشترى به المشتري مؤجلا ففي كتاب ابن المواز عن أشهب أن للشفيع أن يأخذه بقيمة العرض إلى أجله على مثل ما هو عليه ولا يجوز أن يأخذ ذلك قبل معرفتهما بقيمة العرض.

وقال محمد وهذا غلط ولا يأخذه إلا بقيمة العرض إلى أجله وقد رواه أيضا عن أشهب قال محمد وإنما تؤخذ القيمة في البيع والشراء بعرض معجل والفرق بينهما أن العرض المعين يباع إذا استحق انتقض البيع والمبيع الموصوف في الذمة إذا استحق قيمته يوم قبضه لم ينقض البيع وكان عليه مثله ووجه قول أشهب أن العروض لا يجب تسليم مثلها؛ لأنها مما لا مثل لها وإنما يجب فيها القيمة كالمعين منها.

١ –

(مسألة) :

ولو اشترى الشقص بدين على البائع فقد قال ابن الماجشون في الموازية وغيرها يأخذها الشفيع بقيمة ذلك الدين عرضا من العروض كالحنطة والزبيب وما أشبه ذلك مما يتعجل ثمنه وحكى ابن عبدوس عن سحنون أن الدين يقوم بعرض، ثم يقوم العرض بعين، ثم يأخذ الشفيع بذلك وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك أن الشفيع لا يأخذه إلا بمثل ذلك الدين، أو يترك ولو كان البائع غريما دفع العرض بأكثر من قيمته وقاله أشهب زاد ابن حبيب عن مطرف وإن كثرت القيمة فيه وقال أصبغ لا يأخذه بمثل الدين إلا أن يهضم له هضمية بينة فيأخذه بقيمة الشقص لا بقيمة الدين ووجه قول ابن الماجشون

أن الدين كالعرض؛ ولذلك لا تجب فيه زكاة إلا بمثل ما تجب بعروض التجارة فوجب أن يقوم للشفيع وإنما دفع فيه العرض؛ لأن تقويم العرض يؤدي إلى التفاضل في العين فيما يلزم فيه التساوي وإنما قوم العرض مرة أخرى بالعين على." (١)

"إقرارها بالنكاح.

وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولي العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها، ويجب على الولي تزويجها عند طلبها، ولو كانت كالصغيرة لما وجب الإيفاء بطلبها وإنما يثبت لها حق مطالبة الولي؛ لنوع من المروءة، وهو أنها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها، ويعد هذا رعونة منها ووقاحة، ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها كما ورد الشرع بالنهي عن أن يخطب على خطبة غيره، ولو فعل جاز؛ لأن هذا النهي؛ لنوع من المروءة فلا يمنع جواز المنهي عنه، وإذا زوجت نفسها من غير كفء فقد ألحقت الضرر بالأولياء فيثبت لهم حق الاعتراض؛ لدفع الضرر عن أنفسهم كما أن الشفيع يثبت له حق الأخذ بالشفعة؛ لدفع الضرر عن نفسه؛ ولأن طلب الكفاءة لحق الأولياء فلا تقدر على إسقاط حقهم، وهذا لا يمنع وجود أصل عقدها في حق نفسها كأحد الشريكين إذا كاتب للآخر أن يفسخ دفعا للضرر عن نفسه وعلى رواية الحسن – رحمه الله تعالى – قال: إذا زوجت نفسها من غير كفء لم يجز النكاح أصلا.

وهو أقرب إلى الاحتياط فليس كل ولي يحتسب في المرافعة إلى القاضي، ولا كل قاض يعدل فكان الأحوط سد باب التزويج من غير كفء عليها وبهذا الطريق قال أبو يوسف: الأحوط أن يجعل عقدها موقوفا على إجازة الولي؛ ليندفع الضرر عن الولي إلا أن الولي إذا قصد بالفسخ دفع الضرر عن نفسه بأن لم يكن كفؤا لها صح فسخه، وإن قصد الإضرار بها بأن كان الزوج كفؤا لها لم يصح فسخه، ولكن القاضي يقوم مقامه في الإجازة كما يقوم مقامه في العقد إذا عضلها ومحمد – رحمه الله تعالى – يقول: لما توقف العقد على إجازة الولي؛ لتمام الاحتياط فكما ينعقد بإجازته ينفسخ بفسخه، وبعد ما يفسخ فليس للقاضي أن يجيزه، ولكن يستقبل العقد إذا تحقق العضل من الولي، وعلى هذا الأصل يقول: إذا زوجت نفسها من كفء ثم مات أحدهما قبل المرافعة إلى القاضي توارثا أما على قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – فظاهر وأما على قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – فلأن تصرفها في حق نفسها صحيح، ومعنى التوقف لدفع الضرر عن الولي، ولهذا لا ينفسخ بفسخ الولي، وإنما انتهى النكاح الصحيح بالموت فيجري التوارث بينهما، وعلى قول محمد – رحمه الله تعالى – لا يتوارثان؛ لأن أصل العقد كان موقوفا، وفي **العقد الموقوف** لا يجري التوارث، وعلى هذا لو ظاهر منها أو آلى منها صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى خلافا لمحمد – رحمه الله تعالى –.

وإن كانت قصرت في مهرها فزوجت نفسها بدون صداق مثلها كان للأولياء حق الاعتراض حتى." (٢)

"اشهدوا أني تزوجت فلانة ولم يخاطب عنها أحدا فبلغها فأجازت أو قالت المرأة: اشهدوا أني قد زوجت نفسي من فلان ولم تخاطب عنه أحدا فبلغه فأجاز فهو على هذا الخلاف، ولو قبل فضولي من جهة الغائب ينعقد موقوفا بالاتفاق حتى لو أجاز يجوز.

---

(١) المنتقى شرح الموطإ سليمان بن خلف الباجي ٦/٢٠٤

(٢) المبسوط للسرخسي السرخسي ٥/١٣

أبو يوسف – رحمه الله تعالى – يقول: الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، وإذا كان كلام الواحد في باب النكاح عقدا تاما باعتبار الإذن في الابتداء فكذلك باعتبار الإجازة في الانتهاء، وجعل هذا قياس الطلاق والعتاق بمال فإن كلام الواحد فيه لما كان عقدا تاما عند الإذن كان **عقدا موقوفا** على إجازة الغائب عند عدم الإذن وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا: النكاح عقد معاوضة محتمل للفسخ فكلام الواحد فيه يكون شطر العقد وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف الطلاق والعتاق فإنه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه أصلا.

وتحقيقه: أن قول الرجل: طلقت فلانة بكذا أو أعتقت عبدي فلانا بكذا يكون تعليقا للطلاق والعتاق بالقبول؛ لأن تعليقهما بالشرط صحيح فإذا بلغهما فقبلا وقع؛ لوجود الشرط، وفي النكاح قوله: زوجت فلانة لا يمكن أن يجعل تعليقا؛ لأن النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا شطر العقد، ولا يدخل على هذا ما لو قال الزوج بمحضر منها: طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فإنه يبطل ذلك ولو كان تعليقا بالشرط لما بطل بقيامها عن المجلس؛ لأن من التعليقات ما يقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله لها أنت طالق إن شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس فهذا مثله، وهذا بخلاف ما إذا كان مأمورا من الجانبين؛ لأن هناك عبارته تنتقل إليهما فيصير قائما مقام عبارتهما فإنما يكون تمام العقد بالمثنى من حيث المعنى، وهنا لا تنتقل عبارته إلى الغير؛ لأنه غير مأمور به فإذا بقي مقصورا عليه كان شطر العقد، والدليل عليه أنه لو قال لها: تزوجتك، وهي حاضرة كان هذا شطر العقد حتى لا يتوقف على إجازتها بعد قيامها من ذلك المجلس فكذا إذا قال ذلك، وهي غائبة يكون هذا شطر العقد ولو كان عقد النكاح بين فضوليين خاطب أحدهما عن الرجل والآخر عن المرأة فبلغهما فأجازا جاز ذلك العقد؛ لأنه جرى بين اثنين ولو كانا وكيلين كان كلامهما عقدا تاما فكذلك إذا كانا فضوليين يكون كلامهما **عقدا موقوفا**

(قال:) وليس على العاقد في باب النكاح وليا كان أو وكيلا حق قبض مهرها بدون أمرها؛ لما بينا أنه معبر لا يتعلق به شيء من حقوق العقد، وكما لا يتوجه عليه المطالبة بتسليم المعقود عليه لا يكون إليه قبض البدل وكذلك الوكيل من جانب الزوج لا يكون عليه." (١)

"زيادة مشروطة بمنزلة العيب في إثبات الخيار كما في البيع، وبهذا تبين أنه لا معتبر لتمام الرضا في باب النكاح فإنه لو تزوجها بشرط أنها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل، فإنه لا يثبت له الخيار، وقد انعدم الرضا منه بهذه الصفة.

(قال:) وإذا قال: الرجل للمرأة بحضرة الشهود: زوجيني نفسك فقالت: قد فعلت جاز النكاح، ولو قال: بعني هذا الثوب بكذا فقال: فعلت لا يتم البيع ما لم يقل المشتري: اشتريت أو قبلت، وقد بينا هذا فيما سبق، وإنما أعاده هنا؛ لإيضاح الفرق بين البيع والنكاح، وقد استكثر من الشواهد لذلك ثم قال: وهما في القياس سواء، وهكذا ذكره أبو يوسف – رحمه

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٩/٥

الله تعالى – في الأمالي قال: إنما تركنا القياس في النكاح؛ للسنة، وهو ما حدثني أبو إسحاق الشيباني عن الحكم «أن بلالا – رضي الله عنه – خطب إلى قوم فأبوا أن يزوجوه فقال: لولا أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أمرني أن أخطب إليكم ما فعلت فقالوا: قد ملكت» فدل أن بهذه اللفظة بعد الخطبة ينعقد النكاح، ثم ذكر بعد حكم توقف النكاح على الإجازة ليبين أن ذلك لا يشبه حكم الرد بالعيب؛ لأن من توقف العقد على حقه غير راض بأصل السبب فكان أصل السبب في حقه كالمعدوم ما لم يجز، وأما عند اشتراط الخيار أو وجود العيب فقد ظهر السبب في حقه، وهو راض بأصل السبب حين باشره.

فلهذا تم العقد ثم بين في **العقد الموقوف** أن الزوج إذا كان هو الولي ففي حق الزوج يتوقف على قبوله أو رده بكلام أو فعل يدل عليه، وفي حق المرأة إذا كانت ثيبا كذلك، وإذا كانت بكرا فسكوتها رضاها؛ لعلة الحياء، وقد بيناه، وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمهما الله تعالى أن البكر إذا زوجها وليان كل واحد منهما من رجل فبلغها العقدان فإن أجازت أحدهما جاز ذلك، وإن أجازتهما معا بطلا؛ للمنافاة بينهما، ولو سكتت لم يكن سكوتها رضا منها بواحد منهما وروى علي بن صالح عن محمد رحمهما الله تعالى أن سكوتها بمنزلة رضاها بالعقدين فيبطل العقدان جميعا، والأصح رواية ابن سماعة؛ لأنه لا يمكن أن يجعل سكوتها رضا بأحد العقدين إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، ولا رضى بهما؛ لأن السكوت إنما يقام مقام الرضا؛ لتصحيح العقد، وفي الرضا هنا بهما أبطالهما، فلهذا لا يعتبر سكوتها هنا رضى.

(قال:) وإذا أعتقت الأمة، ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجته بإذن المولى فلها الخيار إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقته لما روي «أن عائشة – رضي الله عنها – لما أعتقت بريرة قال لها رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: ملكت بضعك." (١)

"هذا طلاقا قبل النكاح، وقال – عليه الصلاة والسلام –: «لا طلاق قبل النكاح» ولو أجاز المولى ذلك النكاح فإجازته باطلة؛ لأن الإجازة إنما تعمل في حال توقف العقد وقد ارتفع العقد بما أوقعه العبد؛ لأنه يستبد بالطلاق لو أوقعه في نكاح صحيح ارتفع النكاح، فإذا أوقعه في **العقد الموقوف** أولى أن يرتفع العقد به، فإن أذن له أن يتزوجها بعد هذا كرهت له أن يتزوجها.

ولو فعل لم يفرق بينهما في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وفي قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – لا يكره ذلك، وجه قوله ظاهر، فإن الطلاق غير واقع على المحل، وحرمة المحل باعتبار وقوع الطلاق، ولأن إجازة المولى للعقد باطل فوجوده كعدمه، ولو لم يجز العقد كان له أن يتزوجها بإذنه فكذلك بعد إجازته، وجه قولهما أن الطلاق تصرف ينبني على النكاح، وإجازة العقود يتضمن إجازة ما ينبني عليه، فاعتبار هذا المعنى يوجب نفوذ الطلاق وحرمة المحل فجعلناه معتبرا في الكراهة، وإن لم يكن معتبرا في حقيقة حرمة المحل، ولكن هذا على أصل محمد – رحمه الله تعالى – غير صحيح، فإن عنده المشترى من الغاصب إذا أعتق ثم أجاز المولى لا ينفذ عتقه، وعلى أصل أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – إنما يصح هذا أن لو كان

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٩٨/٥

الطلاق يتوقف على إجازة المولى، وقد بينا أن طلاق العبد لا يتوقف على إجازة المولى، لكن الوجه فيه أن نقول: الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، والإذن في الابتداء لو كان موجودا تثبت به حرمة المحل حقيقة فكذلك بوجود صورة الإجازة في الانتهاء تثبت الكراهة، توضيحه أن العبد أهل للنكاح في حق نفسه، ولهذا لو أعتق قبل إجازة المولى نفذ نكاحه فاعتبار هذا الجانب يوجب نفوذ طلاقه، واعتبار جانب حق المولى يمنع نفوذ طلاقه، فلتعارض الأدلة قلنا لا تثبت الحرمة حقيقة، ولكن تثبت صفة الكراهة احتياطا؛ لأنه إن ترك نكاح امرأة تحل له كان خيرا له من أن يتزوج امرأة لا تحل له.

(قال:) وإذا تزوج العبد حرة بغير إذن مولاها ثم أعتقه المولى جاز النكاح؛ لأنه مخاطب له قول ملزم، وإنما امتنع نفوذ نكاحه لحق مولاه، فإذا أسقط المولى حقه بالعتق فينفذ النكاح لزوال المانع، وكذلك لو باعه فأجاز المشتري؛ لأن المشتري قام مقام البائع في ملكه رقبته فكذلك في إجازة عقده، وهذا لأنه ما طرأ بالبيع حل نافذ على الحل الموقوف، فإن العبد لا يحل للمشتري فلهذا كانت إجازته كإجازة البائع، وعند زفر – رحمه الله تعالى – لا ينفذ بإجازة المشتري وقد بينا هذا، وكذلك لو أجاز وارثه بعد موته.

(قال:) ولو أذن لعبده في النكاح لم يملك أن يتزوج إلا امرأة واحدة عندنا، وعند الشافعي – رحمه الله تعالى –." (١)

"وغير الملك، ولا نقول: المشتري بالإتلاف يصير مالكا متى كان للمغصوب منه أن يضمن المشتري إن شاء، فإن أجاز المغصوب منه البيع بعد ما أعتق المشتري الجارية جاز البيع، ولم ينفذ عتق المشتري في القياس، وهو قول محمد وزفر رحمهما الله، وفي الاستحسان ينفذ عتقه وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، هكذا يرويه محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، (قال) أبو سليمان: وكنا سمعنا من أبي يوسف روايته عن أبي حنيفة أنه لا ينفذ عتقه وجه القياس أن هذا عتق ترتب على عقد توقف نفوذه لحق المالك، فلا ينفذ بنفوذ العقد كالمشتري بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف، فإنه متفق على جوازه، ويتم بموت البائع وبسكوته حتى تمضي المدة.

والبيع الموقوف مختلف في جوازه، وهو يبطل بموت العاقد وبموت المالك، ولا يتم بدون الإجازة؛ لأن هذا العتق توقف على إجازة مالك ظاهر الملك، فإن المالك لو أجاز العتق عن نفسه عتق من جهته، فلا ينفذ من جهة من يحدث له بالملك كالمشتري من المكره إذا أعتق قبل القبض، ثم رضي المكره بالبيع لم ينفذ عتق المشتري. يوضحه أن البيع والعتق توقفا على إجازة المالك، ثم لو أجاز العتق بطل البيع فكذلك لو أجاز البيع يبطل العتق لما بينهما من المنافاة في حقه، والدليل عليه أن الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه، والملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري هنا حتى ينفذ بيعه لو كان باعه هناك، ولا ينفذ بيع المشتري هنا لو كان باعه، ثم هناك لم ينفذ عتقه فهنا يتقوم. وكذلك لو كان المشتري من الغاصب أعتق، ثم إن المالك ضمن الغاصب حتى نفذ بيعه لم ينفذ عتق المشتري فكذلك إذا نفذ البيع بإجازة المالك.

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٢٦/٥

وجه الاستحسان أن هذا عتق ترتب على سبب ملك تام فينفذ بدون السبب بالإجازة، كالوارث إذا أعتق عبدا من التركة، وهي مستغرقة بالدين، ثم يسقط الدين أو المشتري من الوارث إذا فعل ذلك. وتقرير هذا الكلام أن **العقد الموقوف** سبب تام في نفسه، وانعقاده بكلام المتعاقدين، ولهما ولاية على أنفسهما، فإذا أطلقا العقد انعقد بصفة التمام؛ لأن الممتنع ما يتضرر به المالك، وكما لا ضرر على المالك بانعقاد السبب لا ضرر عليه في تمام السبب؛ لأنه ليس من ضرورة إتمام السبب اتصال الحكم به فقد يتراخى عنه؛ لأن الأسباب الشرعية لا تنعقد خالية عن الحكم، ولكن يجوز أن يتأخر الحكم عن السبب، والضرر على المالك في إثبات الملك للمشتري؛ لأن من ضرورته زوال ملكه فيتأخر ذلك إلى وقت الإجازة، ويبقى السبب تاما، والدليل عليه أن الإشهاد على." (١)

"النكاح يعتبر وقت العقد لا عند الإجازة، والنكاح ينعقد مع التوقف، وما يمنع تمام السبب فالنكاح لا يحتمله كخيار الشرط. والدليل عليه أن الغاصبين إذا تصارفا وتقابضا وافترقا ثم أجاز المالكان فمحمد يوافقنا أنه يجوز، وما يمنع تمام السبب لا يكون عفوا في الصرف بعد الافتراق كخيار الشرط، والدليل على تمام السبب أنه يملك المبيع عند الإجازة بزوائده المنفصلة والمتصلة.

(وإذا) ثبت أن السبب تام فنقول: العتق قبض حتى أن المشتري إذا أعتق المبيع قبل القبض يصير قابضا، والقبض بعد تمام السبب يتوقف بتوقف السبب، وينفذ بنفوذه كالقبض الحقيقي في المبيع أو الثمن، والدليل عليه أن رجلا لو قال للغاصب: أعتق هذا العبد عني بألف درهم فأعتقه ثم أجاز المالك نفذ بالإجازة العتق والبيع جميعا، فهذا مثله بل أولى؛ لأن سبب الملك هناك مضمر، وهنا مفصح به، ولا وجه لمنع هذا، فإنه لو التمس هذا من المالك فأجابه إليه كان نافذا فكذلك إذا التمس من غير المالك فأجابه إليه وأجازه المالك، وهذا بخلاف البيع بشرط الخيار؛ لأن السبب هناك غير تام، فإن قوله على أني بالخيار مقرون بالعقد نصا، وتعليق العقد بالشرط يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط؛ ولهذا لم يجز البيع قياسا؛ لأنه أدخل الشرط على السبب، وفي الاستحسان يجعل الشرط داخلا على حكم السبب فينعقد أصل العقد، ويكون في حق الحكم كالمتعلق بالشرط، والمتعلق بالشرط معدوم قبله، ألا ترى أنه لو قال: إذا جاء عبدي فلله علي أن أتصدق بدرهم فتصدق به اليوم لا يجوز بخلاف ما لو قال: لله علي أن أتصدق بدرهم غدا فتصدق به اليوم يجوز، فعرفنا أن التوقف لا يمنع تمام السبب، والتعليق بالشرط يمنع منه، يوضح الفرق أن في **العقد الموقوف** يثبت ملكا يليق بالسبب، وهو الملك الموقوف؛ لأن هذا القدر لا يزيل ملك المالك، ولا يتضرر به، فإنما ترتب على ملك موقوف فيتوقف بتوقفه، وينفذ بنفوذه، فأما الشرط في مسألة الخيار كما يمنع الملك التام يمنع الملك الموقوف فلم يترتب عتق المشتري على ملك في المحل أصلا، ومسألة المكره قد منعها بعض أصحابنا - رحمهم الله -

والأصح أن نقول: بيع المكره فاسد؛ ولهذا لو أعتقه المشتري بعد القبض ينفذ عتقه، والبيع الفاسد قبل القبض ضعيف غير تام في حكم الملك كالهبة قبل القبض، فلا يثبت به ملك تام ولا موقوف في المحل؛ فلهذا لا ينفذ عتقه، وعتق المشتري

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٦٣/١١

مخالف لبيعه؛ لأن البيع ليس بقبض، ألا ترى أنه لو باع المبيع قبل القبض لا يصير به قابضا، وإنما يتوقف بعد تمام السبب ما هو من حقوقه، والعتق من حقوقه." (١)

"العيب والرؤية بعد القبض.

وإذا قبضها المشتري على شراء فاسد ثم ردها القاضي على البائع بفساد البيع فعليه أن يستبرئها؛ لأن المشتري ملك رقبتها بالقبض فيحدث الحل للبائع بما عاد إليه من الملك.

قال وإذا غصب جارية فباعها من رجل وقبضها المشتري فوطئها ثم خاصم مولاها الأول فقضى القاضي له بها فعليه أن يستبرئها بحيضة استحسانا وفي القياس لا يلزمه الاستبراء؛ لأن المشتري من الغاصب غاصب كالأول وقد بينا أن المغصوبة منه إذا استرد المغصوب فليس عليه فيها استبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرئها؛ لأنها حلت للمشتري حين اشتراها ومعنى هذا الكلام أن المشتري ما كان يعلم أن البائع غاصب وإنما قدم على شرائها باعتبار أن البائع مالك فيثبت له الحل من حيث الظاهر وإن لم يثبت له الحل فيها باطنا فلثبوت الحل له ظاهرا قلنا إذا وطئها ثم استردها البائع كان عليه أن يستبرئها ولعدم ثبوت الحل فيها باطنا قلنا إذا لم يطأها فليس على البائع استبراء وهذا؛ لأن الوطء بشبهة النكاح في حكم العدة بمنزلة الوطء بحقيقة النكاح فكذلك الوطء بشبهة ملك اليمين بمنزلة الوطء بحقيقة الملك في حق وجوب الاستبراء على المالك وإن كان المشتري يعلم أن البائع غاصب فليس على المولى أن يستبرئها إذا استردها؛ لأن الحل للمشتري لم يثبت فيها ظاهرا ولا باطنا، ألا ترى أنه لا يثبت نسب الولد منه هنا.
وإن ادعى ذلك بعد وطئها وفي الأول يثبت نسب الولد منه وسقوط الحد عنه باعتبار صورة **العقد الموقوف** لا بثبوت الحل له فيها فلا يجب على المالك لأجل ذلك استبراء كما لو لم يطأها المشتري.

قال وإذا زوج الرجل أمته وطلقها الزوج قبل الدخول كان للمولى أن يقربها بعدما يستبرئها بحيضة. هذا في إحدى الروايتين في هذه المسألة وقد بينا وجه الروايتين وإن كانت تزوجت بغير إذنه ففرق بينهما قبل الدخول لم يكن عليه أن يستبرئها؛ لأنها ما حلت لغيره والأمة لا تملك أن تزوج نفسها بغير إذن مولاها وإن فرق بينهما بعد الدخول لم يكن له أن يقربها حتى تنقضي عدتها؛ لأنه دخل بها بنكاح فاسد فيجب عليها العدة بسببه والعدة أقوى من الاستبراء.

قال وإذا وطئ جارية ولده ولم تعلق منه ثم اشتراها فعليه أن يستبرئها؛ لأن ملك الحل له فيها حدث بالشراء ووطؤه إياها قبل الشراء كان حراما وارتكاب المحرم لا يمنع وجوب الاستبراء إذا تقرر سببه.

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٦٤/١١

وكذلك إن اشترى جارية من أبيه أو أمة مكاتبه فعليه أن يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة قال: وإن اشتراها من عبد تاجر له فلا استبراء عليه إن." (١)

"الصرف فيجوز الاستبدال به كبدل القرض، وإن كان قبل الافتراق فالدراهم مستحقة له بعقد الصرف، والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز.

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم من قرض أو غيره فباع دينه من رجل آخر بمائة دينار وقبض الدنانير لم يجز وعليه أن يرد الدنانير؛ لأن البيع لا يرد إلا على مال متقوم، وما في ذمة زيد لا يكون مالا متقوما في حق عمرو فلا يجوز بيعه منه، ولأن البائع لا يقدر على تسليمه حتى يستوفي، ولا يدري متى يستوفي، وهذا على قول من يقول النقد المضاف إليه يتعين في العقد، وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين، والشراء بالدين من غير من عليه الدين سواء كل ذلك باطل، وعلى قول زفر الشراء بالدين من غير من عليه الدين صحيح كما يصح ممن عليه الدين؛ لأن الشراء لا يتعلق بالدين المضاف إليه ألا ترى أنه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على أن لا دين كان الشراء صحيحا بمثل ذلك الثمن في ذمته فكذلك هنا يصح الشراء بمثل ذلك الدين في ذمة المشتري، وهذا لأنه إذا أضاف العقد إلى عين فإنه إنما يتعين ذلك لتتميم الملك فيه، ولا يحصل هذا المقصود عند إضافة الشراء إلى الدين، ولكنا نقول: ملك الدين من غير من عليه الدين بالبدل، وإذا ملك بغير بدل لم يجز فإذا ملكه ببدل أولى ثم للفساد هنا طريقتان: أحدهما: أنه بإضافة الشراء إلى ذلك الدين يصير كأنه شرط لنفسه الأجل إلى أن يخرج ذلك الدين فيتمكن من أداء الثمن، ولا يدري متى يخرج، وشرط الأجل المجهول مفسد للبيع، والثاني: أنه شرط أن يكون ثمن المشتري في ذمة غير المشتري مستحقا بالشراء، وذلك لا يجوز، وبه فارق ما إذا اشترى بالدين ممن عليه أو اشترى بالدين المظنون شيئا.

وإذا كانت الدراهم أو الدنانير وديعة عند رجل فباع الدراهم بالدنانير، أو الدنانير بالدراهم، وتقابضا فجاء صاحبها فأخذها من البائع فإن كانا لم يتفرقا كان له عليه مثلها؛ لأن المقبوض استحق فكأنهما لم يتقابضا إلى آخر المجلس، وإنما انعقد العقد بمثل ما عينه دينا في ذمته، وإن كانا قد افترقا يبطل الصرف إذا أخذها المستحق لانتقاض القبض بالاستحقاق من الأصل، وإن لم يقبضها المستحق ولكنه أجاز البيع جاز ذلك عندنا، وكان له مثلها على المودع، وقال زفر: الصرف باطل لأن الافتراق حصل قبل الملك فإن المستحق لا يملك قبل الإجازة وقبل تمام القبض فإن الموقوف لا يكون تاما، فلا ينفذ العقد بعد ذلك بالإجازة، كما لو افترقا ولأحدهما شرط خيار، ثم أسقط الخيار، ولكنا نقول: افترقا بعد تمام السبب وبعد تمام القبض؛ لأن **العقد الموقوف** سبب ملك تام." (٢)

"عقد متفرقة كان له أن يختار إحدى الأختين أو أي أربع شاء من الخمس؛ لأن العقود كلها تتوقف على إجازته فإن الجمع بين نكاح الأختين لا يكون نافذا بل موقوفا **والعقد الموقوف** لا يوجب الحل ولا يثبت الفراش فلا يكون من

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٣/١٥٠

(٢) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٤/٢٢

ضرورة توقف العقد الأول امتناع توقف الثاني ولا من ضرورة توقف العقد الثاني بطلان الأول فإذا توقف الكل كان له أن يختار ما شاء من ذلك على وجه لا يحصل به الجمع بين الأختين ولا بين خمس نسوة وإن كان ذلك في عقد واحد لم يكن له أن يختار نكاح شيء منهن؛ لأنه إنما يتوقف على إجازته ما يتصور نفوذ بالإذن السابق وهو لا يجوز لو باشره بنفسه وهذا العقد لا ينفذ بمباشرته ولا بإذنه سابقا فلا يتوقف على إجازته بخلاف العقود المتفرقة فإن كل عقد من ذلك معتبر على حدته وهو مما ينفذ بمباشرته وبإذنه السابق فيتوقف على إجازته أيضا

قال: وإن وكله أن يزوجه من النساء ما شاء وكيف شاء فزوجه أمة مسلمة أو كتابية أو أربع إماء جاز؛ لأنه فوض الأمر إلى رأيه على العموم فمباشرته فيما يكون من جنس التزويج كمباشرة الموكل بنفسه قال: وإن وكله أن يزوجه امرأتين في عقدة فزوجه واحدة جاز لأنه امتثل أمره في بعض ما أمر به وحكم نكاح هذه لا يختلف بضم نكاح الأخرى إليها فلا يكون هذا التفريق من الوكيل خلافا للأصل الذي بينا أن التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا وهذا التقييد غير مفيد، ولو كان قال: لا يزوجني إلا اثنين في عقدة واحدة لم يلزمه نكاح امرأة واحدة؛ لأنه نهاه عن العقد هنا واستثنى عقدا واحدا فما لا يكون بصفة المستثنى فهو داخل في عموم النهي بخلاف الأولى فإنه ما نهاه عن شيء نصا بل أمره وقيد الأمر بما ليس بمقيد وهو نظير ما سبق إذا قال: لا تبع إلا بشهود فباع بغير شهود لا يجوز بخلاف ما لو باع وقد قال: له بع بشهود

قال: ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فإذا لها زوج فمات عنها أو طلقها وانقضت عدتها، ثم زوجها إياه الوكيل جاز؛ لأنها لما لم تكن محلا عند التوكيل؛ لما أمر به الموكل صار التوكيل كالمضاف إلى ما بعد صيرورتها محلا فإن التوكيل يحتمل الإضافة ويحصل مقصود الموكل في ذلك، ولو تزوجها الموكل ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها إياه؛ لأن ما قصد تحصيله بتصرف الوكيل قد حصل له بمباشرته فأوجب ذلك عزل الوكيل، ثم لا يعود التوكيل بالإبانة؛ لأنه ليس بفسخ لذلك العقد من الأصل

قال: ولو تزوجها الوكيل ودخل بها، ثم أبانها وانقضت عدتها، ثم زوجها إياه جاز لأن مقصود الموكل لم يحصل بمباشرة الوكيل العقد الأول مع نفسه ولا منافاة بين ذلك العقد وبين الوكالة (ألا ترى) أن ابتداء التوكيل." (١)

"الطالب وللعاقد هذه الولاية في **العقد الموقوف** إذا فسخه المشتري قبل إجازة المالك وليس للمخاطب أن يبطل هذه الكفالة قبل إجازة الطالب؛ لأنه لا يدفع به عن نفسه شيئا فإن عند الإجازة لا يجب على المخاطب شيء بخلاف البائع في البيع الموقوف فإنه يجوز فسخه قبل أن يجيزه المالك لأنه يدفع به عن نفسه ضرر لزوم العهدة إذا أجازه المالك

وإذا وكل رجل رجلا أن يأخذ له من فلان كفيلا بنفسه فأخذ كفيلا بنفسه فإن كان الكفيل كفل للوكيل؛ فإن الوكيل يأخذه بذلك دون الموكل لأنه أضاف العقد إلى نفسه بقوله: أكفل لي والتزام الكفيل تسليم نفس المطلوب إليه؛ فعليه الوفاء بما

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٢٢/١٩

التزم وإن كفل به للموكل أخذه الموكل دون الوكيل لأن الوكيل أضاف الكفالة إلى الموكل وجعل نفسه رسولا من جهته والكفيل التزم تسليم نفسه إلى الموكل فإن دفعه في الوجهين جميعا إلى الموكل؛ فهو بريء من الكفالة أما في الفصل الثاني: فلا يشكل وأما في الفصل الأول: فالوكيل وإن كان هو الذي يطالب للموكل فإذا سلمه إلى الموكل فقد وفى الحق المستحق عليه إلى مستحقه وهو كالمشتري من الوكيل إذا دفع الثمن إلى الموكل

وإذا ادعى رجل من رجل كفالة بنفس وأراد يمينه فإنه يستحلفه له لأنه يدعي عليه حقا مستحقا لو أقر به لزمه فإذا أنكره يستحلف عليه حتى إذا نكل عن اليمين؛ يقام نكوله مقام إقراره فيؤخذ بذلك فإن أخذ به فاستعدى؛ على المكفول به أن يحضر فيبرئه عن الكفالة فإن كان المكفول به مقرا بأنه أمره بالكفالة أمر بأن يحضر معه لأنه هو الذي أدخله في هذه الورطة فعليه إخراجه منها ولا طريق للإخراج سوى أن يحضر معه ليسلمه فإن تسليم نفسه لا يتصور بدون نفسه وإن قال: كفل لي ولم آمره وحلف على ذلك لم يجبر على الحضور معه لأنه تبرع بهذا الالتزام ولم يكن مأمورا به من جهة أحد فيقتصر وبال ما التزمه عليه إلا أن يقيم البينة أنه كفل له بأمره فحينئذ: الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم فيؤمر بالحضور معه

وإذا كفل رجل بنفس رجل فمات الطالب فلوصيه أن يأخذه بها لأن الوصي قائم مقام الموصي في حقوقه وكما يطالب الوصي المطلوب بالحق الذي كان عليه للموصي فكذلك يطالب الكفيل، وإن لم يكن له وصي؛ أخذه الورثة؛ لأنهم خلفاؤه، يقومون مقامه في حقوقه وأي الورثة أخذه به فله ذلك ولكن يبرأ الكفيل بدفعه إليه من جهته لا من جهة سائر الورثة حتى أن لهم أن يطالبوه بالتسليم لأن كل واحد منهم يقوم مقام الميت فيما هو من حقه ولا يقوم مقام شركائه في حقوقهم.
(ألا ترى) أنه لا يقبض من المطلوب إلا مقدار." (١)

"الذي عمل بأمر صاحبه؛ لأن الربح لا يظهر ما لم يصل إليه جميع رأس ماله وما أخذه العامل الآخر تاو فهو بمنزلة ما لو غصب بعض رأس المال إنسان أو استهلكه وتوي بدله عليه، ثم عملا بما بقي وفي هذا يأخذ رب المال جميع رأس ماله ثم قسمة الربح بينهما بعد ذلك.
(ألا ترى) أنه لو هلك جميع المال إلا عشرة دراهم فتصرفا فيها حتى أصابا مالا فإنه يأخذ رب المال جميع رأس ماله أولا؟ فهذا مثله فإن بقي من الربح شيء أخذ رب المال نصفه وأخذ هذا المضارب ربعه، والربع الباقي نصيب المضارب المخالف من الربح فلا يدفع إليه؛ لأن نصف رأس المال دين عليه، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه من مال المديون يأخذه لحقه وإذا ظهر أنه لا يدفع إليه قلنا: إن كان هذا الربع مثل ما توي من حصته من الربح أخذ رب المال والموافق ربع الربح الذي صار للمخالف فاقتسماه أثلاثا على مقدار حقهما في الربح.
وإن كان ما توي عليه أكثر من حصته من الربح أو أقل تراجعوا بالفضل.
وبيان ذلك أن المال الذي كان في يد الموافق إن كان ألفا وخمسمائة فأخذ رب المال رأس ماله ألفا بقي خمسمائة فيجمع

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٧٥/١٩

إلى نصف رأس المال الذي استهلكه المضارب الآخر فيقسم على أربعة أسهم: لرب المال من ذلك النصف، وللمضارب العامل بأمر صاحبه الربع وذلك مائتان وخمسون وبقيت حصة المضارب الآخر وهو الربع وذلك مائتان وخمسون يحسب لهما عليه ويقسم رب المال والمضارب الآخر خمسمائة العين على ثلاثة أسهم ويرجعان على المضارب الذي استهلك نصف رأس المال بمائتين وخمسين درهما فيقسمانها على ثلاثة أسهم، فإذا فعل ذلك وصل إلى رب المال خمسمائة وإلى المضارب الموافق مائتان وخمسون وسلم للآخر مما عليه مائتان وخمسون فاستقام الحساب.

ولو لم يهلك ما في يده ولكن هلك ما في يد العامل بأمر صاحبه فإن رب المال يضمن المضارب المخالف نصف رأس ماله ليس له غير ذلك؛ لأن نصف رأس المال صار دينا عليه بالخلاف، وتصرفه كان لنفسه.

ولو كان حين قبضا الألف مضاربة اقتسماها نصفين فاشترى أحدهما بنصف المال عبدا ثم أجاز صاحبه شراءه لم يكن العبد من المضاربة بإجازته؛ لأن الإجازة إنما تعمل في **العقد الموقوف**، والشراء هنا نافذ على المشتري فلا يكون إجازة الآخر تنفيذا للعقد فيكون وجوده كعدمه.

ولو اشتريا جميعا بالألف عبدا ثم باعه أحدهما بثمن معلوم فأجازه صاحبه جاز لأن البيع من أحدهما توقف على إجازة الآخر باعتبار أنه تعذر تنفيذه على العاقد؛ ولأن ملك العين لغيره فتكون إجازته، في الانتهاء كإذنه في الابتداء وهو." (١)

"بمنزلة ابتداء الشراء أو؛ لأن المولى صار راضيا بتصرفه فتكون إجازته ذلك العقد بعد رضا المولى كإجازة المولى.

ولو أجازه المولى جاز؛ لأن بالإذن له في التجارة لم يزل ملك المولى وولايته عنه فإجازته بعد الإذن له كإجازته قبل أن يأذن له في التجارة، ولو أعتقه المولى بطل الشراء المتقدم؛ لأنه لا وجه لتنفيذه بعد العتق على الوجه الذي انعقد حالة الرق فإنه انعقد موجبا الملك للمولى على سبيل الخلافة عن العبد وبعد العقد لو نفذ كان موجبا الملك للعبد مقصودا عليه وبه فارق الإذن له في التجارة لأنه لو بقي **العقد موقوفا** بعد الإذن كان موجبا الملك للمولى على وجه الخلافة عنه إذا تم بإجازته وإجازة مولاه وههنا بعد العتق لا يبقى كذلك ولا يجوز أن ينفذ العقد موجبا حكما غير الحكم الذي انعقد له ولهذا لا تعمل إجازة العبد بعد العتق فيه ولا إجازة المولى ولا إجازتهما جميعا؛ لأن بالعتق تعين جهة البطلان فيه فلا ينقلب جائزا بعد ذلك إلا بالتجديد بخلاف النكاح فإن العبد لو تزوج بغير إذن المولى، ثم أعتقه المولى نفذ النكاح؛ لأن النكاح انعقد موجبا ملك الحل للعبد عند نفوذه وبعد العتق إذا نفذ ثبت ملك المحل للعقد كما أوجبه العقد وكان المانع من نفوذه حق المولى فإذا سقط حقه بالعتق نفذ.

فأما الشراء فانعقد موجبا الملك في المشتري للمولى على وجه الخلافة عن العبد ولا يمكن إنفاذه كذلك بعد العتق قال: (ألا ترى) أن عبدا محجورا عليه لو اشترى جارية بألف درهم، ثم إن المولى با ع عبده من رجل فأجاز المشتري شراء الجارية لم يجز؛ لأنه لو نفذ بإجازته ثبت الملك في المشترى للمشتري على وجه الخلافة عن العبد وإنما انعقد موجبا الملك للبائع، وكذلك لو أجازه البائع لم يجز؛ لأنه لو نفذت إجازته كانت العهدة على العبد في ماليته ومالية ملك المشتري وهو غير راض بذلك، وكذلك لو لم يبعه المولى ولكنه مات فورثه وارثه فأجاز البيع لم يجز؛ لأنه لو جاز ثبت الملك للوارث على سبيل

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٤٩/٢٢

الخلافة عن العبد فإذا مات المولى فقد خرج من أن يكون أهلا للتملك بالعقد فتعين جهة البطلان في هذا الشراء.

وإذا اشترى المحجور عليه عبدا من رجل بألف درهم قبض العبد ولم ينقد الثمن حتى مات العبد في يده فلا ضمان عليه في العبد حتى يعتق؛ لأنه قبضه بتسليم المالك فلا يكون هو جانيا في القبض على حق المالك ولكن هذا القبض يوجب الضمان عليه بحكم العقد والعبد المحجور لا يؤاخذ بضمان العقود في حال قيام الرق ويؤاخذ به بعد العتق؛ لأن التزامه بالعقد صحيح في حقه دون حق المولى فإذا عتق لزمه قيمة العبد الذي قبض بالغة ما بلغت لأن البيع كان." (١)

"حق غرمائه على قياس مسألة أول الباب، ومسألة الإجازة ذكرها بعده أن الجارية لو هلكت في يد المشتري، ثم أقر العبد أنه كان أجاز بيع المولى فإقراره باطل والمولى ضامن قيمة الجارية لهذا المعنى ولكن ما ذكره في الكتاب أصح فإن في مسألة أول الباب العبد أقر بقبض دين كان ثابتا على المولى وكان حق الغرماء متعلقا به فكان في إقراره إسقاط حق الغرماء وههنا هو يقر بأن المولى لم يكن ضامنا؛ لأن بيعه كان بأمره فلا يكون ذلك إسقاطا منه لحق الغرماء بل إنكار الثبوت حقهم في ذمة المولى، وذلك صحيح من العبد.

(ألا ترى) أن المولى لو وهب شيئا من عبده في ذمة العبد كان صحيحا وإن كان لو قتله يتعلق به حق غرمائه بخلاف ما لو وهب العبد المديون شيئا من كسبه من المولى، وفي مسألة الإجازة قد ثبت وجوب الضمان في ذمة المولى بهلاك الجارية في يد المشتري وتعلق به حق غرمائه فإقراره بالإجازة قبل هلاكها يكون إسقاطا لحق الغرماء، ثم أقر بما لا يملك إنشاءه؛ لأن أمره إياه ببيعها وهي قائمة في يد المشتري بعينها يكون صحيحا فكذلك إقراره بالأمر يكون صحيحا، ولو أنكر العبد أن يكون أمر المولى ببيعها ضمن المولى قيمة عبده فكانت بين الغرماء وهذا اللفظ غلط بل إنما يضمن المولى قيمة الجارية لأنه كان غاصبا في بيعها وتسليمها بغير أمر العبد فهو في ذلك كأجنبي آخر فيضمن قيمتها لعبده وتكون القيمة بين غرمائه كسائر أكسابه.

ولو قال العبد لم آمر المولى بذلك ولكن قد أجزت البيع فإن كانت الجارية قائمة بعينها أو لا يدري ما فعلت فالبيع جائز وقد بريء المولى من ضمان الجارية؛ لأن البيع كان موقوفا على إجازته كما لو باشره أجنبي والإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، وكذلك إن كان لا يدري ما فعلت لأنا قد عرفنا قيامها وما عرف ثبوته فالأصل بقاؤه ما لم يظهر خلافه وكما يصح منه ابتداء الإجازة يصح منه الإقرار بالإجازة، فإن كانت قد ماتت لم يصح منه إنشاء الإجازة؛ لأن إجازة **العقد الموقوف** إنما تجوز في حال يجوز ابتداء العقد فيه فكذلك إقراره بالإجازة بعد الهلاك باطل؛ لأنه لا يملك إنشاء الإجازة ويكون المولى ضامنا قيمة الجارية كما بينا، ولو لم يقر العبد بشيء من ذلك حتى حجر عليه مولاه، ثم أقر أنه أمره بالبيع لم يصدق على ذلك؛ لأنه أقر بالأمر في حال لا يملك إنشاءه فإنه بعد الحجر كما لا يملك إنشاء البيع لا يملك أمر المولى بالبيع فيكون هو متهما في إخراجه الكلام مخرج الإقرار وإذا لم يصدق على ذلك كان المولى ضامنا قيمتها لحق الغرماء.

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٩١/٢٥

ولو بيع المأذون في دين الغرماء، ثم أقر أنه أمر المولى بذلك لم يصدق؛ لأنه بالبيع في الدين." (١)

"أن العقد انعقد بصفة التوقف قلنا والحكم يثبت بحسب السبب فإنما يثبت **بالعقد الموقوف** ملكا موقوفا.

(ألا ترى) أن بالعقد النافذ الصحيح يثبت ملك حلال وبالعقد الفاسد يثبت ملك حرام بحسب السبب، **فبالعقد الموقوف** يثبت ملك موقوف، والملك الموقف دون الملك الثابت للمكاتب والمكاتب لا يملك الإعتاق بذلك النوع من الملك فكذلك بالملك الموقوف لأن الإعتاق إنهاء للملك والموقوف لا يحتمل ذلك، والثاني: أن الأسباب الشرعية لا تكون خالية عن الحكم ولكن لا يشترط اتصال الحكم بالسبب بل يقترن به تارة ويتأخر عنه أخرى (ألا ترى) أن البيع بشرط الخيار للبائع منعقد ويتأخر الحكم إلى سقوط الخيار، والبيع الفاسد منعقد ويتأخر الحكم وهو الملك إلى ما بعد القبض، والبيع الموقوف منعقد ويتأخر الحكم إلى ما بعد إجازة المالك، وهذا لأن الضرر مدفوع وليس في انعقاد العقد ضرر بالمالك.

فأما في ثبوت الملك للمشتري إضرار بالمالك فربما يكون المشترى قريب المشتري فيعتق عليه لو ثبت الملك بنفس الشراء وفيه ضرر بالمالك لا محالة فيتأخر الملك إلى وجود الرضا من المالك بإجازة العقد فإذا لم يجز ذلك بطل البيع والعتق جميعا فردت الجارية عليه.

وإذا اشترى جارية فوطئها ثم استحقها رجل قضى له القاضي بها وبمهرها على الواطئ لأن الحد قد سقط عنه بشبهة فلزمه المهر؛ إذ الوطء في غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر وهذا الوطء حصل في غير الملك عندنا فوجب المهر وعند ابن أبي ليلى الملك وإن ثبت للمشتري فهو ليس بملك متقرر يستفاد به حل الوطء فيجب المهر كالمشتري شراء فاسدا إذا قبض الجارية ووطئها ثم استردها البائع فعلى المشتري في أظهر الروايتين وإن كان هو بالقبض قد ملكها، ثم الواطئ يرجع بالثمن على البائع ولا يرجع بالمهر عندنا، وقال ابن أبي ليلى يرجع بالثمن والمهر لأنه صار مغرورا من جهة البائع فإنه أخبره أن الجارية ملكه وأن منفعة الوطء تسلم للمشتري بغير عوض بعد ما يشتريها منه فإذا لم يسلم له ذلك رجع به على البائع كما يرجع بقيمة الولد لو استولدها.

وذلك الحكم وإن كان مخصوصا من القياس باتفاق الصحابة – رضي الله عنهم – ولكن من أصل أبي حنيفة أن المخصوص من القياس لا يقاس عليه غيره وحجتنا في ذلك أن المهر إنما لزمه عوضا عما استوفى بالوطء وهو المباشر للاستيفاء ومنفعة المستوفى له حصلت له فلا يرجع ببدله على غيره كمن وهب طعاما لإنسان فأكله الموهوب له ثم استحقه رجل وضمن الآكل لم يرجع به على الواهب، وإنما الغرور إنما يكون سببا للرجوع باعتبار المعاوضة، والثمن إنما كان عوضا." (٢)

"أبو محمد إذ مثل هذا النهي لا يحمل إلا على الفساد ولو حمل على اصل القبض كان إلغاء لفائدة خصوص هذا الحديث

والأصح أنه لو اشترى الطعام مكايلة وأبقاه في المكاييل وباعاها مكايلة ثم صبه على المشتري للمشتري جاز فصورة أجزاء

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١١٧/٢٥

(٢) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٣٠/٣٠

الصاع لا يراد لعينه

ومنهم من قال لا بد من التفريع أولا ليبني صحة البيع الثاني عليه لظاهر الحديث وهو ضعيف إذ دوام الكيل في معنى ابتدائه

ولما كان قرار **العقد موقوفا** على التقابض في المجلس في بيع الطعام بالطعام اختلفوا في أنه لو با ع الحنطة بالشعير مكايلة وتقاضيا جزافا فإن العقد هل ينفسخ

وهذا مرتب على حكم البيع وأولى بألا يستدعي قرار العقد جريان الكيل

فرع

القبض يجري فيه النيابة ولكن لو قال لمستحق الحنطة في ذمته اكتل على نفسك من صبرتي هذه قدر حقك ففعل ففي تعين حقه به وجهان من حيث إنه من وجه اتحد القابض والمقبض لأنه مقبض بالإذن وقابض لنفسه وإنما يسلم ذلك للأب يقبض لنفسه من طفله ولطفله من نفسه كما يسلم له في تولي طرفي البيع ولو قال لمستحق الدين اقبض حقك مما لي على فلان فقبض لم." [1]

"فرض التيمم، فمتى وجدنا فرعا اخذ له الحكم من أصل لم يسبقه (١)؟

وفساد هذا السؤال: من جهة أن الادلة لا ينكر فيها مثل هذا، وإن تضمن الأول دلالة ويسلبها الثاني، فنأخذ من تضمن المتأخر إيجاب النية ايجابها استدلالا للمقدم، ويتبين وجوبها في الماء بما ضمن الله بدلها من إيجاب النية، وهو التيمم.

فصل

ومنها: أن تعترض على العلة: بأنك اعتبرت فساد الأصل بفساد الفرع. وذلك مثل قول أصحابنا وأصحاب الشافعي في النكاح الموقوف (٢): إنه لا تتعلق به الاستباحة، فكان باطلا.

---

(١) في الأصل: "نسبقه".

(٢) **العقد الموقوف** عموما: هو العقد الذي فيه تجاوز على حق لغير عاقده، يوجب توقفه على إرادته وإجازته، كعقد الفضولي، أو فيه مانع آخر يمنع نفاذه كالإكراه.

ومنه النكاح الموقوف، ومن صوره: إذا زوج الولي العم الصغير، كان النكاح موقوفا على إجازته في رواية عن أحمد.

ومنها: أن يعقد الولي نكاح المرأة ويوقفه على إجازتها، ويذكر أنه لم يعلمها بذلك، فهذا متوقف على إجازتها عند المالكية.

ومنها: نكاح الفضولي -وهو من يتصرف لغيره بغير ولاية ولا وكالة- الذي يباشره مع آخر أصيل أو ولي أو وكيل، فإنه يتوقف على الإجازة عند الحنفية.

---

(١) الوسيط في المذهب أبو حامد الغزالي ١٥٤/٣

انظر "المدخل الفقهي العام" للأستاذ مصطفى الزرقاء ١/ ٥٧٧، و"شرح حدود ابن عرفة" لمحمد الأنصاري المشهور بالرصاع، والمسائل الفقهية من كتاب "الروايتين والوجهين" للقاضي أبي يعلى بتحقيق الدكتور عبد الكريم=." (١)

"عليها الضيعة في هذا السن، ولا تدعو الضرورة إلى تزويجها فيه، فهذا وجه تفرقة مالك بين الصغيرة التي لا يوطأ مثلها والبالغة التي يوطأ مثلها، وسأل: هل كانت راضية؟ إذ لا يجوز أحد من أهل العلم للولي أن يزوج يتيمة قبل البلوغ وهي كارهة، إذا كانت قد بلغت من السن ما يعرف به ما يميل به نفسها إليه، مما فيه صلاحها، وما تنفر عنه مما فيه ضرر عليها، ولو كانت كارهة لما جاز النكاح عليها بحال.

وقد اختلف إذا زوجت اليتيمة قبل البلوغ من غير حاجة تدعو إلى ذلك في المذهب اختلافا كثيرا، فقيل: إن النكاح يفسخ قبل الدخول وبعده، وإن طال وولدت الأولاد، ورضيت بزوجها، وإلى هذا ذهب ابن حبيب في الواضحة وعزاه إلى مالك وأصحابه، وقيل: يفسخ قبل الدخول وبعده، إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ، وهو قول ابن القاسم في رسم إن خرجت، من سماع عيسى، وفي سماع زونان وفي كتاب ابن المواز، وقيل: إنه يفسخ بعد الدخول إلا أن يطول وتلد مع ذلك الأولاد، وهو قول أصبغ، ولم ير الولد الواحد والسنتين في ذلك طولا، وقيل: إن الخيار لها إذا بلغت، فلا يفسخ إذا لم يعثر عليه حتى بلغت فرضيت، أو دخل بها بعد البلوغ وهي عالمة أن لها الخيار، ويفسخ إذا عثر عليه قبل البلوغ، وكذلك إذا بلغت فأنكرت، وإن كان ذلك بعد الدخول، ما لم يطل الأمر بعده، وهو الذي يأتي على ما في رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب.

وقيل: إنه يكره النكاح، فإذا وقع لم يفسخ، وهو نص قول مالك في رسم البز بعد هذا، وظاهره في سماع أشهب أيضا، لأنه وقف في التفرقة بينهما ولم يفرق بين قبل الدخول وبعده، وقيل: إنه إن زوجت وقد شارفت الحيض وأنفست، فلا يفسخ النكاح، وهو قول أصبغ في سماعه، خلاف ما له في الواضحة والموازية. فمن قال: إنه يفسخ أبدا، رآه عقدا وقع في غير موضعه ففسد لعقده، ومن قال: إن الخيار لها إذا بلغت، رأى الحق لها في ذلك؛ إذ عقد عليها في حال لا يعرف فيه رشدها، فجعل **العقد موقوفا** على خيارها إذ لم ينعقد النكاح على خيار، وإنما كان الخيار أمرا أوجبه الحكم." (٢)

"على ترك التناجز. وسنذكر الغلبة على المناجزة في الصرف في موضعه إن شاء الله.

تطلبنا النظر في وجه آخر قد تعقب به المسألة. وذلك أن الإقالة في الطعام على أقل من رأس المال لا تجوز لكونها بيع الطعام قبل قبضه، والشرع إنما رخص في الإقالة لكون الثمن إذا رد على ما هو عليه صار ذلك حلا للعقد الأول، فإذا رد أقل من ذلك أو أكثر، صار ذلك ابتداء بيع الطعام قبل قبضه، فلم يجز ذلك. فيقتضي هذا كون الإقالة فاسدة على مقتضى دعوى المشتري؛ لأنه يقول: أسلمت عشرة دنانير في طعام، ثم أقلت منه، ومن شرط إقالتي وجوازها كوني لا آخذ أقل من رأس المال، (فإذن قضيتم علي بإمضاء الفساد وإتمام ما لا يجوز على مقتضى قولي) (١).

وهذا التعقب دعا بعض الأشياخ إلى أن قال: يمكن أن يكون ما وقع في المدونة المراد به أن السلم وقع في عروض، والعروض

---

(١) الواضح في أصول الفقه أبو الوفاء ابن عقيل ٣٤٥/٢

(٢) البيان والتحصيل ابن رشد الجد ٢٨٣/٤

يجوز بيعها قبل قبضها، والإقالة على أقل من رأس المال. فلهذا لم يشر في المدونة إلى تعقب المسألة من جهة دعوى المشتري، ويتضمن دعواه كون فعلهما فاسدا. ويشير أيضا إلى أن الإقالة وقعت على الصحة والجواز، وإنما تعاقدا على لأرأس المال لا أكثر ولا أقل. فبعد فردت (٢) الإقالة الصحيحة جحد البائع بعض الثمن فلا يؤثر ذلك في صحة الإقالة. وهذا قد يجاب عنه بأن الإقالة ها هنا يعتبر مع صحة عقدها صحة التقابض فيهلالما قدمناه من منع تأخير رد رأس المال وإن لم يشترط في أصل الإقالة تأخيره. وإذا كان القبض فيها معتبرا **والعقد موقوفا** على صحته اقتضى ذلك تعقب هذه الإقالة من جهة دعوى المشتري، لكونها تتضمن أن كونه فاسدا لا يجوز العقد عليه، لكن لا يجب تصديقه في الفساد مع دعوى البائع

---

(١) في الكلام اضطراب، ولعل الصواب: فإذا قضيتم علي على مقتضى قولي فقد قضيتم بإمضاء الفساد وإتمام ما لا يجوز.

(٢) هكذا في النسختين.." [(١)]

"الروايات، من كون الغريم لا يبرأ بالدفع للوكيل إذا لم يعلم بالعزلة، يقتضي أن صاحب الدين إذا طلب المديان وضمنه، كان للمديان أن يضمن من قبض منه، وهو الوكيل.

وبعض أشياخي يشير إلى حمل مثل هذا، مما وقع في الروايات، على تصور الخلاف في رد أفعاله لا في ضمانه. وتضمين الغريم من غير أن يجعل له مرجع على من قبض منه بتعد. وقد أشار ابن المواز إلى استبعاد ضمان الغريم، حتى قال: ولو كان الغريم علم عزل الوكيل لبرىء بالدفع إليه إذا كان القاضي قد قضى بذلك عليه، لكونه مجبورا على الدفع. وهذا الإجبار من سبب رب المال مع ما فيه من التغرير بالناس والتحيل على إتلاف أموالهم.

وإذا ثبت أن العلم بالعزلة له يمنع من قبض الدين فإن هذا في دين خص بالتوكيل. وأما دين لم يخص بالتوكيل عليه في نفسه لكن مقتضى الشرع دفعه للوكيل كوكيل وكل على بيع سلعة فباعها ثم مات الآمر قبل أن يقبض، فإن ابن القاسم منعه من القبض لكون المال صار لغير من وكله. وأصبغ مكنه من القبض. فإذا قبضه نظر فيه الحاكم.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

ذكر بعض أصحاب الشافعي أن الوكالة تنفسخ بطرو الجنون على الوكيل أو الموكل. واعتقوا في ذلك بأن الوكالة من العقود الجائزة فوجب أن تنفسخ بالجنون، لكونه طرأ على عقد غير لازم، والمجنون ليس له أن يعقد في حال جنونه، وما قبل جنونه كان العقد فيه غير لازم له. وأيضا فإن معنى قولنا: إن الوكالة من العقود الجائزة كون **العقد موقوفا** على اختيار العاقد، والمجنون لا اختيار له، بخلاف النائم لكون النوم معنى طبيعي يتكرر، وينتبه النائم إذا نبه، بخلاف المجنون.

---

(١) شرح التلقين المازري ٢/٤٣

وهذا الذي قالوه يتفصل القول فيه عندي:

فأما إن كان الجنون طرأ على الوكيل فلا شك أن جواز التصرف لا ينتقل." (١)

"الصبي والمجنون وما لهما فإنه لا يتوقف لأنه ليس له مجيز في حالة العقد لأنهما ليسا من أهل الطلاق والعتاق والتبرعات وكذلك وليهما وكذلك الأب والوصي إذا أعتقا أو طلقا عبد الصبي أو امرأته ثم إنما يجوز **العقد الموقوف** إذا كان المحل قابلا لإنشاء البيع حالة الإجازة فأما إذا لم يكن قابلا فلا بأن هلك المحل بالإجازة ينفذ للحال مستندا إلى ما قبله فلا بد من المحل في الحال وكذا الجواب لو كان العاقدان فضوليين فإنه يتوقف أيضا على إجازة المالكين وكذلك الجواب في النكاح

ولو كان الفضولي الواحد باع عبد إنسان من إنسان وهما غائبان وقبل عن المشتري أيضا فإنه لا يتوقف وفي النكاح إذا قبل عنهما لا يتوقف أيضا وبعض مشايخنا قالوا: ينبغي أن يتوقف عند أبي حنيفة ومحمد وإنما الخلاف فيما إذا زوج رجل امرأة ولم يقبل منه لأن الواحد يجوز أن يكون وكيلا من الجانبين ولا يتوقف في النكاح ويجوز أن يكون وليا من الجانبين بأن زوج ابنة أخته من ابن أخيه والإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة بخلاف البيع فإن الواحد لا يجوز أن يكون وكيلا من الجانبين فلا يتوقف من رجل واحد وإن وجد منه الإيجاب والقبول جميعا ثم إنما جاز أن يكون الرجل وليا ووكيلا من الجانبين في النكاح وفي البيع لا يجوز أن يكون وكيلا من الجانبين وإما يجوز أن يكون وليا من الجانبين فإن الأب إذا اشترى مال الصبي لنفسه أو باع ماله من." (٢)

"وإن كان على كل واحد عشرون دينا، ولا مال لهما غير المائة.. فحسابه أن تقول: لها مهر مثلها خمسون، ولها شيء محاباة، يخرج منها عشرون دينها، بقي لها ثلاثون وشيء يرث الزوج نصف ذلك - وهو: خمسة عشر - ونصف شيء يضمه إلى ما بقي معه، فيصير خمسة وستين إلا نصف شيء، يخرج دينه عشرون، فيبقى لورثته خمسة وأربعون إلا نصف شيء يعدل شيئين، فإذا جبرت.. عدلت شيئين، ونصفا الشيء خمسا ذلك - وهو: ثمانية عشر - فيصح لها ذلك مع مهر مثلها، فيصير ثمانية وستين، فإذا خرج لدينها عشرون، بقي ثمانية وأربعون.. فيرث الزوج أربعة وعشرين مع اثنين وثلاثين يبقى معه من المائة، فذلك ستة وخمسون، فإذا خرج لدينه عشرون.. بقي لورثته ستة وثلاثون، وهو مثلا ما صح لها بالمحاباة.

[مسألة شراء وبيع من في مرض الموت]

] : وإذا اشترى شيئا في مرض موته، أو باعه بثمن المثل.. صح ذلك ولم يعتبر من الثلث؛ لأن ما رجع إليه مثل ما خرج منه.

وإن اشترى شيئا في مرض موته أو باعه، وحابى في ذلك.. اعتبرت المحاباة من ثلث التركة.

---

(١) شرح التلقين المازري ٨١٤/٢

(٢) تحفة الفقهاء السمرقندي، علاء الدين ٣٥/٢

وقال ابن اللبان: القياس يقتضي أن يبطل بيع المريض وشراؤه إذا كان فيهما محاباة؛ لأنه لا يجوز أن يقع **العقد موقوفا**، على ما تبين في باقي الحال.

والمشهور هو الأول، وعليه التفريع، وقد مضى ذلك في البيوع.

[فرع شراء من يعتق عليه في مرض موته]

وإن اشترى ابنه أو أباه في مرض موته.. عتق من ثلثه ولا يرثه؛ لأن عتقه وصية، ولا يجتمع له الميراث والوصية.." [(١)]

"وأما في النكاح فلم تجر العادة بالمساومة [فيه] ، فلا يخطب إلا بعد التروي والتفكر وإنفاذ الرسل، فلم يكن قوله زوجيني مساومة، فصار شقا للعقد، فإذا قالت: زوجت، وجد الشقان فتم العقد.

وجه آخر: وهو أن قوله زوجيني، طلب العقد، فقد أمرها بأن تعقد، والواحد مما يتفرد بشقي العقد في النكاح، فإذا قالت: زوجت، صار الموجود عقدا. وفي البيع قوله: بعني، طلب العقد، والواحد مما لا ينفرد بشقي عقد البيع، فصار الموجود أحد شقي العقد، فما لم يقل: قبلت، لا ينعقد.

١١٦ – إذا تزوج العبد بغير إذن السيد، ثم باعه المولى، فأجاز المشتري النكاح كان جائزا، ولو زوجت أمة نفسها بغير إذن المولى، ثم باعها، ثم أجاز المشتري النكاح لم يجز.

والفرق أن عقد النكاح لا يقع على عين العبد، بدليل أن له أن يتزوج أخرى، ولو كان معقودا عليه لم يجز أن يملكه غيره، فهو عاقد، وعقد البيع تناول عين العبد، فلم يجز تمليك فيما انعقد عليه **العقد الموقوف** فجاز.

وليس كذلك الأمة، لأن عقد النكاح تناول عين الأمة، بدليل أنها لو تزوجت من إنسان لم يجز أن تتزوج بآخر، فالعقد وقع على عين." [(٢)]

"بضعها، والمشتري يملك، عينها بالعقد؛ لأنه يستبيح بضعها فقد جرى تمليك فيمن انعقد عليه **العقد الموقوف**، فبطل **العقد الموقوف**، كما لو باع عبدا من إنسان لا يملكه، ثم اشتراه وأراد أن يسلمه، فإنه لا يجوز، كذلك هذا.

١١٧ – عبد محجور عليه اشترى شيئا بغير إذن المولى، ثم أعتقه المولى، لم يجز الشراء. ولو تزوج بغير إذن المولى، ثم أعتقه المولى، جاز النكاح.

والفرق أن عقد النكاح أوجب الحل للعبد، بدليل أنه لو كان بإذن المولى لحصل الحل له، وعقده كان نافذا في حقه، وإنما امتنع نفاذه لحق المولى، فإذا أعتقه فلو نفذناه لكان تقريرا لما أوجبه العقد فجاز، كما لو باع على أنه بالخيار، ثم أسقط الخيار، نفذ، لأنه قرر الملك الذي أوجبه العقد. وليس كذلك الشراء؛ لأن العقد أوجب أن يكون الملك للمولى، بدليل أنه لو كان بإذن المولى وقع له، وبعد العقد يحصل الملك للعبد، فلو نفذناه بالعتق لكان فيه تغيير لما أوجبه العقد، ونقل العقد عما أوجب العقد لا يجوز، كما لو اشترى شيئا لنفسه على أنه بالخيار، ثم وكله آخر بأن يشتري له، فأجاز العقد وأراد أن

---

(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي العمراني ٢٢٢/٨

(٢) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ١٢٥/١

يجعله لغيره لم يجز، كذا هذا.

١١٨ - أمة زوجت نفسها بغير إذن سيدها، فباعها، بطل النكاح ولو أعتقها جاز النكاح.." [١]

"والفرق أنه بالعتق لم يملك نفسها، وإنما زالت ولاية المولى عنها، كالصغيرة إذا بلغت، وإذا لم يملك بضعها، لم يجز تمليك فيما انعقد عليه **العقد الموقوف**، فلم يبطل. وليس كذلك إذا باعها، لأن المشتري قد ملكها، فقد جرى التمليك فيما انعقد عليه **العقد الموقوف**، فلم يجز.

١١٩ - إذا زوجت نفسها بغير إذن المولى، ثم أعتقها فلا خيار لها، وجاز النكاح. ولو زوجها المولى، ثم أعتقت، لها الخيار. والفرق أن عقدها على نفسها بغير إذن المولى لم يتم في حال الرق، وإنما تم العقد بعد العتق، فلم يجر عتق عليها بعد صحة النكاح، وإنما نفذ العقد في حال العتق، فلا خيار لها. وليس كذلك إذا زوجها المولى؛ لأن العقد تم في حال الرق، فهذا عتق جرى في صحة النكاح، فكان لها الخيار، والأصل فيه خبر بريرة.." [٢]

"انعقاده ولا يمنع بقاءه على الصحة إذا طرأت عليه.

١٤٠ - ولو زوج المولى أمته برضاها من رجل بغير رضا الزوج، وخاطب عن الزوج مخاطب، فأعتقت، فلم تنقض العقد حتى أجاز الزوج النكاح، جاز ولا خيار لها.

ولو زوجها المولى بغير رضاها، فأعتقت، فأجاز الزوج النكاح لم يجز ما لم ترض هي.

والفرق أن **العقد الموقوف** إنما يجوز تنفيذه في الحالة التي تقبل ابتداء العقد فيها، ألا ترى أنه لو با ع عبدا لغيره، ثم مات، ثم أجاز صاحبه البيع لم يجز، ولو تزوج أمة بغير إذن مولاها، ثم تزوج حرة، ثم أجاز المولى، لا يجوز، فإذا كان المولى زوجها برضاها فيجوز ابتداء العقد برضاها، فجاز أن ينفذ **العقد الموقوف**، فتم العقد في حال الحرية فلا خيار لها.

وأما إذا كان بغير رضاها فلا يجوز ابتداء العقد عليها بغير رضاها، فلا ينفذ **العقد الموقوف** فيها، وصار الزوج بالإجازة مبتدئا عقدا، فإذا أجازته جاز، وإلا فلا.

١٤١ - المولى إذا زوج عبده امرأة فأعتق لا خيار له في الفسخ. ولو زوج أمته فعتقت فلها الخيار.." [٣]

"لا يثبت للعبد والأمة خيار البلوغ. بخلاف الصغير والصغيرة إذا زوجهما العم.

والفرق أنه يملك المولى ابتداء تمليك العقد عليهما بعد البلوغ، فلا يثبت لها خيار البلوغ؛ إذ لا تملك بالبلوغ شيئا لم يكن. وأما الصغيرة فلا يملك العم العقد عليها بعد البلوغ، فجاز أن يثبت لها الخيار إذا لزمها تسليم النفس بعقده، كالأمة إذا أعتقت.

١٤٣ - المولى إذا زوج مكاتبه امرأة بغير رضاه ثم عجز، فأجازه المولى جاز. ولو زوج مكاتبته، ثم عجزت في الكتاب يبطل النكاح، وفي المكاتب لا يبطل.

---

(١) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ١/١٢٦

(٢) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ١/١٢٧

(٣) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ١/١٤٢

والفرق أن عقد الكتابة على الأمة أوجب تحريم بضعها عليه، وبالعجز ملك الاستمتاع ببضعها، وعقد النكاح عقد على بضعها، وقد جرى، التمليك فيما انعقد عليه **العقد الموقوف**، فبطل، كما لو باع عبدا على أنه بالخيار ثلاثا، ثم باعه من آخر، فإنه لا يجوز العقد الأول ويبطل، كذلك هذا

وأما المكاتب إذا عجز فالمولى يملك رقبته بالعقد إلا الاستمتاع بها، وعقد النكاح أوجب البدل في ذمته، ولم ينعقد على رقبته، فلم يجز تمليك فيما." (١)

"انعقد عليه **العقد الموقوف**، والمولى يملك العقد، ومن ملك العقد لا يجوز عقده الموقوف إلا بالإجازة.

١٤٤ – إذا عتقت الأمة وهي تحت زوج، فلم تعلم أن لها الخيار، فهي على خيارها حتى تعلم، فإذا علمت فلها الخيار ما دامت في مجلسها.

وفي خيار البلوغ والمخيرة والشفعة لو بلغت أو خيرت أو بيعت بجنب داره دار فلم يعلم أن له الشفعة ولم يطلب، بطل خياره.

والفرق بين هذه المسائل أن في الأمة ليس في لفظ الزوج ما يوجب لها خيارا، وإنما الخيار ثبت لها من طريق الحكم، والأمة لا تعلم فروع الفقه في العادة، والمولى لا يمكنها من التعلم؛ إذ منفعتها مملوكة له، فعذرت في جهل حكم العتق، فصار جهلها بثبوت الخيار كجهلها بالعتق، ولو لم تعلم بالعتق فهي على خيارها، كذلك هذا.

وأما خيار المخيرة فالتخيير في لفظ الزوج، لأنه يقول: خيرتك.

فإذا علمت بالتخيير فقد علمت وجوب الخيار لها، فبطل خيارها إذا لم تختر.

وأما الشفعة فحكمه ظاهر بين المسلمين، والحاجة إليها ماسة وهو حر ممكن من تعلمه، وتعرف حكمه، وإذا لم يعرف ولم يتعلم لم يكن معذورا، فبطل حقه.

كذلك الخيار بالبلوغ هي حرة وممكنة من التعلم والتعرف فإذا." (٢)

"الموقوف إنما ينفذ في حالة يجوز ابتداء ذلك الشيء في تلك الحالة، ألا ترى أنه لو باع ملك غيره والمعقود عليه بحاله فأجازه مالكه جاز، لأن ابتداء العقد منه في تلك الحالة جائز، ولو فات المعقود عليه ثم أجاز لم يجز، لأن ابتداء العقد بعد فواته لم يجز فلم ينفذ **العقد الموقوف**، كذلك هاهنا، فإذا زالت الحمى في الثلاثة فابتداء الرد في هذه الحالة جائز فجاز أن ينفذ **العقد الموقوف**، وابتداء الرد بعد مضي الثلاثة لا يجوز، فجاز أن لا ينفذ **العقد الموقوف** فبطل.

وأما إذا شهد على الرد وهو صحيح، ثم حم قبل التسليم فالرد وقع تاما، إلا أنه لما حم ثبت له الخيار فإذا زال المانع سقط خياره.

٤٨٥ – إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم فاختار المشتري أخذ العبد سقط عنه نصف الثمن، وليس له أن يضمنه نصف القيمة.

---

(١) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ١/١٤٤

(٢) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ١/١٤٥

ولو أن أجنبيا قطع يد العبد فاختار المشتري أخذه فله أن يضمنه نصف قيمة العبد.

والفرق أن تسليم نصف القيمة من الذمة، لأنا لو أوجبناه على البائع لأوجبناه لحق العقد، إذ لولا العقد وإلا لما لزمه ذلك، ولا يجوز." (١)

"والفرق أن الوصية للمقر له موقوفة، فإذا قضى القاضي بالبينة للموصى له الآخر فقد جرى تمليك فيما انعقد عليه **العقد الموقوف**، فبطل **العقد الموقوف**، كما لو باع عبدا على أنه بالخيار، ثم أعتقه المشتري، ثم باعه البائع من آخر بطل العتق، كذلك هذا. وليس كذلك مسألة الدين، لأن الغرماء لا يملكون التركة للموصى له بالإبراء، وإنما يملكه الموصى له بالموت فالإبراء عن الدين لم يجر تمليك فيما انعقد عليه **العقد الموقوف**، فجاز أن لا يبطل **العقد الموقوف**، وإذا لم يبطل العقد، ولكنه امتنع نفاذ عتقه لحق الغرماء فإذا أبرءوا زال المانع من نفوذ عتقه فنفذ.

ووجه آخر: أنه استحق ما به نفوذ العتق، لأنه استحق بالوصية، وإذا قضي بالوصية لغيره بطل عتقه، ألا ترى أنه لو اشترى عبدا فأعتقه، ثم جاء آخر وأقام البينة أنه اشتراه من بائعه قبل شرائه، بطل عتق الأول، كذلك هذا.

وأما في مسألة الدين لم يستحق ما به نفوذ العتق، لأن القاضي لم يبطل الوصية وإنما حكم بالدين، والدين مقدم على الوصية، فامتنع نفاذ العتق لحق الغرماء، وإذا زال حق الغير نفذ ذلك العتق.

٦١٤ – ولو أن رجلا هلك وله ابن فادعى رجل أنه كان عبدا لأبيه، وأنه أعتقه وأنكر ذلك الابن جعلته خصما وقضيت بإثبات الولاء.." (٢)

"فوقع الشك والاحتمال في ثبوت الإجازة، فلا يثبت بالشك والاحتمال.

ولو قال له: طلقها تطليقة تملك الرجعة؛ فهو إجازة لارتفاع التراد إذ لا رجعة في المتاركة للنكاح الموقوف وفسخه وأما الضرورة فنحو: أن يعتق المولى العبد أو الأمة فيكون الإعتاق إجازة.

ولو أذن بالنكاح لم يكن الإذن بالنكاح إجازة.

ووجه الفرق بينهما من وجهين أحدهما: أنه لو لم يجعل الإعتاق إجازة لكان لا يخلو إما أن يبطل بالنكاح الموقوف وإما أن يبقى موقوفا على الإجازة، ولا سبيل إلى الأول؛ لأن النكاح صدر من الأهل في المحل فلا يبطل إلا بإبطال من له ولاية الإبطال؛ ولا سبيل إلى الثاني؛ لأنه لو بقي موقوفا على الإجازة.

فأما إن بقي موقوفا على إجازة المولى أو على إجازة العبد لا وجه للأول؛ لأن ولاية الإجازة لا تثبت إلا بالملك وقد زال بالإعتاق، ولا وجه للثاني لأن العقد وجد من العبد فكيف يقف عقد الإنسان على إجازته.

وإذا بطلت هذه الأقسام وليس ههنا قسم آخر لزم أن يجعل الإعتاق إجازة ضرورة وهذه الضرورة لم توجد في الإذن بالنكاح، وللثاني أن امتناع النفاذ مع صدور التصرف من الأهل في المحل لقيام حق المولى – وهو الملك – نظرا له، دفعا للضرر عنه، وقد زال ملكه بالإعتاق فزال المانع من النفوذ، والإذن بالتزوج لا يوجب زوال المانع – وهو الملك – لكنه بالإذن أقامه مقام

---

(١) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ٦٧/٢

(٢) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ١٨٢/٢

نفسه في النكاح كأنه هو، ثم ثبوت ولاية الإجازة له لم تكن إجازة ما لم يجز، فكذا العبد، ثم إذا لم يكن نفس الإذن من المولى بالنكاح إجازة لذلك العقد؛ فإن أجازه العبد جاز استحسانا، والقياس أن لا يجوز.

وإن أجازه وجه القياس أنه مأذون بالعقد، والإجازة مع العقد متغايران اسما وصورة وشرطا أما الاسم والصورة: فلا شك في تغايرهما.

وأما الشرط فإن محل العقد عليه، ومحل الإجازة نفس العقد.

وكذا الشهادة شرط العقد لا شرط الإجازة، والإذن بأحد المتغايرين لا يكون إذنا بالآخر.

وجه الاستحسان أن العبد أتى ببعض ما هو مأذون فيه، فكان متصرفا عن إذن، فيجوز تصرفه، ودلالة ذلك أن المولى أذن له بعقد نافذ فكان مأذونا بتحصيل أصل العقد ووصفه – وهو النفاذ – وقد حصل النفاذ فيحصل، ولهذا لو زوج فضولي هذا العبد امرأة بغير إذن المولى فأجاز العبد نفذ العقد دل أن تنفيذ العقد بالإجازة مأذون فيه من قبل المولى فينفذ بإجازته، ثم إذا نفذ النكاح بالإعتاق وهي أمة فلا خيار لها؛ لأن النكاح نفذ بعد العتق فالإعتاق لم يصادفها وهي منكوحة، والمهر لها إن لم يكن الزوج دخل بها قبل الإعتاق، وإن كان قد دخل بها قبل الإعتاق فالمهر للمولى، هذا إذا أعتقها وهي كبيرة فأما إذا كانت صغيرة فأعتقها فإن الإعتاق لا يكون إجازة.

ويبطل العقد عند زفر.

وعندنا يبقى موقوفا على إجازة المولى إذا لم يكن لها عصبة، فإن كان لها عصبة يتوقف على إجازة العصبة، ويجوز بإجازة العصبة ثم إن كان المجيز غير الأب أو الجد فلها خيار الإدراك؛ لأن العقد نفذ عليها في حالة الصغر، وهي حرة، وإن كان المجيز أبوها أو جدها فلا خيار لها.

ولو مات المولى قبل الإجازة فإن ورثها من يحل له وطؤها بطل النكاح الموقوف؛ لأن الحل النافذ قد طرأ على الموقوف لوجود سبب الحل – وهو الملك – قال الله تعالى ﴿والذين هم لفروجهم حافظون﴾ [المؤمنون: ٥] ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون: ٦] ومن ضرورة ثبوت الحل له ارتفاع الموقوف، وإن ورثها من لا يحل له وطؤها بأن كان الوارث ابن الميت وقد وطئها أبوه، أو كانت الأمة أخته من الرضاع، أو ورثها جماعة، فللوارث الإجازة لأنه لم يوجد طريان الحل فبقي الموقوف على حاله، وكذلك إذا باعها المولى قبل الإجازة فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الوارث وعلى هذا قالوا فيمن تزوج جارية غيره بغير إذنه ووطئها ثم باعها المولى من رجل أن للمشتري الإجازة؛ لأن وطء الزوج يمنع حل الوطء للمشتري.

وأما العبد إذا تزوج بغير إذن المولى فمات الولي أو باعه قبل الإجازة فللوارث والمشتري الإجازة؛ لأنه لا يتصور حل الوطء ههنا فلم يوجد طريان حل الوطء، فبقي الموقوف بحاله.

وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: لا يجوز بإجازة الوارث والمشتري بل يبطل.

والأصل فيه أن **العقد الموقوف** على إجازة إنسان يحتمل الإجازة من قبل غيره عندنا وعنده لا يحتمل.

وجه قوله أن الإجازة إنما تلحق الموقوف؛ لأنها تنفيذ الموقوف فإنما تلحقه على الوجه الذي وقف وإنما وقف على الأول لا على الثاني، فلا يملك الثاني تنفيذه." (١)

"أحدهما أن النكاح كان موقوفا على إذن المالك كنكاح الفضولي، **والعقد الموقوف** إذا اتصلت به الإجازة تستند الإجازة إلى وقت العقد، وإذا استندت الإجازة إليه صار كأنه عقده بإذنه، إذ الإجازة اللاحقة كالإذن السابق فلا يجب إلا مهر واحد.

والثاني: أن مهر المثل لو وجب لكان لوجوده تعلقا بالعقد؛ لأنه لولاه لكان الفعل زنا، ولكان الواجب هو الحد لا المهر، وقد وجب المسمى بالعقد فلو وجب به مهر المثل أيضا لوجب بعقد واحد مهران وأنه ممتنع ثم كل ما وجب من مهر الأمة فهو للمولى، سواء وجب بالعقد أو بالدخول، وسواء كان المهر مسمى أو مهر المثل، وسواء كانت الأمة قنة أو مدبرة أو أم ولد، إلا المكاتبة والمعتق بعضها، فإن المهر لهما؛ لأن المهر وجب عوضا عن المتعة وهي منافع البضع، ثم إن كانت منافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان فعوضها يكون للمولى كالأرش، وإن كانت مبقاة على حقيقة المنفعة فبدلها يكون للمولى أيضا كالأجرة، بخلاف المكاتبة؛ لأن هناك الأرش والأجرة لها، فكان المهر لها أيضا، وكل مهر لزم العبد، فإن كان قنا والنكاح بإذن المولى يتعلق بكسبه، ورقبته تباع فيه إن لم يكن له كسب عندنا؛ لأنه دين ثابت في حق العبد ظاهر في حق المولى.

ومثل هذا الدين يتعلق برقبة العبد على أصل أصحابنا، والمسألة ستأتي في كتاب المأذون وإن كان مدبرا أو مكاتبا فإنهما يسعيان في المهر فيستوفى من كسبهما لتعذر الاستيفاء من رقبتهما بخروجهما عن احتمال البيع بالتدبير والكتابة.

وما لزم العبيد من ذلك بغير إذن المولى اتبعوا به بعد العتق؛ لأنه دين تعلق بسبب لم يظهر في حق المولى، فأشبه الدين الثابت بإقرار العبد المحجور أنه لا يلزمه للحال ويتبع به بعد العتاق لما قلنا كذا هذا – والله أعلم –.

ومنها الولاية في النكاح فلا ينعقد إنكاح من لا ولاية له، والكلام في هذا الشرط يقع في مواضع في بيان أنواع الولاية، وفي بيانه سبب ثبوت كل نوع، وفي بيان شرط ثبوت كل نوع وما يتصل به أما الأول: فالولاية في باب النكاح أنواع أربعة: ولاية الملك، وولاية القرابة، وولاية الولاء، وولاية الإمامة، أما.

ولاية الملك: فسبب ثبوتها الملك؛ لأن ولاية الإنكاح ولاية نظر، والملك داع إلى الشفقة والنظر في حق المملوك؛ فكان سببا لثبوت الولاية، ولا ولاية للمملوك لعدم الملك له؛ إذ هو مملوك في نفسه فلا يكون مالكا.

وأما شرائط ثبوت هذه الولاية فمنها: عقل المالك، ومنها بلوغه، فلا يجوز الإنكاح من المجنون والصبي الذي لا يعقل ولا من الصبي العاقل؛ لأن هؤلاء ليسوا من أهل الولاية؛ لأن أهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولى عليه، وذلك بكمال الرأي والعقل ولم يوجد ألا ترى أنه لا ولاية لهم على أنفسهم فكيف يكون على غيرهم؟ ؛ ومنها الملك المطلق، وهو أن يكون المولى عليه مملوكا للمالك رقبة ويدا، وعلى هذا يخرج إنكاح الرجل أمته، أو مدبرته، أو أم ولده، أو عبده، أو

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٢/٢٣٥

مدبره أنه جائز سواء رضي به المملوك أو لا، ولا يجوز إنكاح المكاتب والمكاتبة إلا برضاهما أما إنكاح الأمة والمدبرة وأم الولد فلا خلاف في جوازه، صغيرة كانت أو كبيرة.
وأما إنكاح العبد فإن كان صغيرا يجوز، وإن كان كبيرا فقد ذكر في ظاهر الرواية أنه يجوز من غير رضاه وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز إلا برضاه.
وبه أخذ الشافعي.
(وجه) هذه الرواية أن منافع بضع العبد لم تدخل تحت ملك المولى بل هو أجنبي عنها، والإنسان لا يملك التصرف في ملك غيره من غير رضاه، ولهذا لا يملك إنكاح المكاتب والمكاتبة، بخلاف الأمة؛ لأن منافع بضعها مملوكة للمولى ولأن نكاح المكره لا ينفذ ما وضع له من المقاصد المطلوبة منه؛ لأن حصولها بالدوام على النكاح، والقرار عليه.
ونكاح المكره لا يدوم بل يزيله العبد بالطلاق فلا يفيد فائدة.
(وجه) ظاهر الرواية قوله تعالى ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾ [النور: ٣٢] أمر الله سبحانه وتعالى الموالي بإنكاح العبيد والإماء مطلقا عن شرط الرضا، فمن شرطه يحتاج إلى الدليل؛ ولأن إنكاح المملوك من المولى تصرف لنفسه؛ لأن مقاصد النكاح ترجع إليه؛ فإن الولد في إنكاح الأمة له وكذا في إنكاح أمته من عبده، ومنفعة العقد عن الزنا الذي يوجب نقصان مالية مملوكه حصل له أيضا، فكان هذا الإنكاح تصرفا لنفسه.
ومن تصرف في ملك نفسه لنفسه ينفذ." (١)

"الاشتهار في النكاح لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عن الجحود والإنكار، والتهمة تندفع بالحضور من غير قبول، على أن معنى الصيانة يحصل بسبب حضورهما وإن كان لا تقبل شهادتهما؛ لأن النكاح يظهر ويشتهر بحضورهما، فإذا ظهر واشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامع فتحصل الصيانة.
وكذا إذا تزوج امرأة بشهادة ابنيه لا منها أو ابنيها لا منه يجوز لما قلنا ثم عند وقوع الحجر والإنكار ينظر إن وقعت شهادتهما لواحد من الأبوين لا تقبل وإن وقعت عليه تقبل؛ لأن شهادة الابن لأبويه غير مقبولة وشهادتهما عليه مقبولة.
ولو زوج الأب ابنته من رجل بشهادة ابنيه وهما أخوا المرأة فلا يشك أنه يجوز النكاح وإذا وقع الجحود بين الزوجين فإن كان الأب مع الجاحد منهما أيهما كان تقبل شهادتهما؛ لأن هذه شهادة على الأب فتقبل وإن كان الأب مع المدعي منهما أيهما كان لا تقبل شهادتهما عند أبي يوسف وعند محمد تقبل فأبو يوسف نظر إلى الدعوى والإنكار فقال: إذا كان الأب مع المنكر فشهادتهما تقع على الأب فتقبل، وإذا كان مع المدعي فشهادتهما تقع للأب؛ لأن التزويج كان من الأب فلا تقبل ومحمد نظر إلى المنفعة وعدم المنفعة فقال: إن كان للأب منفعة لا تقبل سواء كان مدعيا أو منكرا وإن لم يكن له منفعة تقبل.
وههنا لا منفعة للأب فتقبل والصحيح نظر محمد؛ لأن المانع من القبول هو التهمة، وإنها تنشأ عن النفع، وكذلك هذا الاختلاف فيما إذا قال رجل لعبده: إن كلمك زيد فأنت حر ثم قال العبد كلمني زيد وأنكر المولى فشهد للعبد ابنا زيد أن

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٢/٢٣٧

أباهما قد كلمه والمولى ينكر تقبل شهادتهما في قول محمد سواء كان زيد يدعي الكلام أو لا يدعي؛ لأنه لا منفعة لزيد في الكلام وعند أبي يوسف إن كان زيد يدعي الكلام لا تقبل، وإن كان لا يدعي تقبل وكذلك هذا الاختلاف فيمن توكل عن غيره في عقد ثم شهد ابنا الوكيل على العقد فإن كان حقوق العقد لا ترجع إلى العاقد تقبل شهادتهما عند محمد سواء ادعى الوكيل أو لم يدع؛ لأنه ليس فيه منفعة.

وعند أبي يوسف إن كان يدعي لا تقبل، وإن كان منكرا تقبل.

[فصل بيان وقت هذه الشهادة في النكاح]

(فصل) :

وأما بيان وقت هذه الشهادة - وهي حضور الشهود - فوقتها وقت وجود ركن العقد - وهو الإيجاب والقبول - لا وقت وجود الإجازة حتى لو كان **العقد موقوفا** على الإجازة فحضروا عقد الإجازة ولم يحضروا عند العقد لم تجز؛ لأن الشهادة شرط ركن العقد فيشترط وجودها عند الركن، والإجازة ليست بركن، بل هي شرط النفاذ في **العقد الموقوف** وعند وجود الإجازة يثبت الحكم بالعقد من حين وجوده فتعتبر الشهادة في ذلك الوقت - والله تعالى الموفق -.

[فصل أن تكون المرأة محللة]

(فصل) :

ومنها أن تكون المرأة محللة وهي أن لا تكون محرمة على التأبيد فإن كانت محرمة على التأبيد فلا يجوز نكاحها؛ لأن الإنكاح إحلال، وإحلال المحرم على التأبيد محال والمحرمات على التأبيد ثلاثة أنواع:.

محرمات بالقرابة ومحرمات بالمصاهرة ومحرمات بالرضاع.

أما النوع الأول: فالمحرمات بالقرابة سبع فرق: الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت قال الله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ [النساء: ٢٣] الآية أخبر الله تعالى عن تحريم هذه المذكورات، فإما أن يعمل بحقيقة هذا الكلام حقيقة ويقال: بحرمة الأعيان كما هو مذهب أهل السنة والجماعة وهي " منع الله تعالى الأعيان عن تصرفنا فيها بإخراجها من أن تكون محلا لذلك شرعا، وهو التصرف الذي يعتاد إيقاعه في جنسها وهو الاستمتاع والنكاح.

وإما أن يضمر فيه الفعل وهو الاستمتاع والنكاح في تحريم كل واحد منهما تحريم الآخر؛ لأنه إذا حرم الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح لم يكن النكاح مفيدا لخلوه عن العاقبة الحميدة فكان تحريم الاستمتاع تحريما للنكاح، وإذا حرم النكاح وأنه شرع وسيلة إلى الاستمتاع، والاستمتاع هو المقصود فكان تحريم الوسيلة تحريما للمقصود بالطريق الأولى، وإذا عرف هذا فنقول: يحرم على الرجل أمه بنص الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣]." [١]

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٢/٢٥٦

"شدة الضرب دون الموت قال فإن حلف ليضربنها حتى يغشى عليها أو حتى تبول فما لم يوجد ذلك لم يبر في يمينه لأن هذا يحدث عند شدة الضرب غالبا فيراعى وجوده للبر.

ولو حلف ليضربن غلامه في كل حق وباطل فمعنى ذلك أن يضربه في كل ما شكي بحق أو بباطل لأنه لا يمكن حمله على الحقيقة وهو الضرب عند كل حق وباطل لأن العبد لا يخلو من ذلك فإذا يكون عند الشكاية فإذا يكون المولى في ضربه أبدا فحمل الضرب على الشكاية للعرف ولا يكون الضرب في هذا عند الشكاية أي لا يحمل الضرب على فور الشكاية لأن اليمين الواقعة على فعل مطلق عن زمان لا تتوقت بزمان دون زمان بل تقع على العمر إلا أن يعني به الحال فيكون قد شدد على نفسه فإن شكي إليه فضربه ثم شكي إليه في ذلك الشيء مرة أخرى والمولى يعلم أنه في ذلك الشيء أو لا يعلم فذلك سواء وليس عليه أن يضربه للشكاية الثانية لأنه قد ضربه فيها مرة واحدة ولا يتعلق بالفعل الواحد الذي وقعت الشكاية عليه أكثر من ضرب واحد في العرف كما لو قال إن أخبرتني بكذا فلك درهم فأخبره مرة بعد مرة أنه لا يجب إلا درهم واحد وإن كان الثاني إخبارا كالأول كذا هذا.

وقال المعلى سألت محمدا عن رجل حلف ليقتلن فلانا ألف مرة فقتله ثم قال إنما نويت أن آلي على نفسي بالقتل قال أدينه في القضاء لأن العادة أنهم يريدون بهذا تشديد القتل دون تكرره لعدم تصوره وقال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته إن لم أضربك حتى أتركك لا حية ولا ميتة فهذا على أن يضربها ضربا شديدا يوجعها فإذا فعل ذلك فقد بر لأن المراد منه أن لا يتركها حية سليمة ولا ميتة وذلك بالضرب الشديد فينصرف إليه.

وقال محمد فيمن حلف بالطلاق لقد سمع فلانا يطلق امرأته ألف مرة وقد سمعه طلقها ثلاثا فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأن حكم الثلاث حكم الألف في الإيقاع ولأنه يراد بمثله أكثر عدد الطلاق في العادة وهو الثلاث ولو قال امرأته طالق إن لم يكن لقي فلانا ألف مرة وقد لقيه مرارا كثيرة لأن ذلك لا يكون ألف مرة وإنما أراد كثرة اللقاء ولم يرد العدد إني أدينه لأن مثل هذا يذكر في العادة والعرف للتكثير دون العدد المحصور وقد قال الله تعالى: ﴿استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم﴾ [التوبة: ٨٠] وليس ذلك على عدد السبعين بل ذكره سبحانه وتعالى للتكثير كذا هذا.

ولو قال والله لا أقتل فلانا بالكوفة أو قال والله لا أتزوج فلانة بالكوفة فضربه الحالف ببغداد فمات بالكوفة أو زوجه الولي امرأة كبيرة ببغداد فبلغها الخبر بالكوفة فأجازت حنث في اليمينين جميعا وكذلك لو حلف على الزمان فقال لا أفعل ذلك يوم الجمعة فمات يوم الجمعة أو أجازت النكاح يوم الجمعة حنث الحالف ولو كان حلف ليفعلن ذلك بالكوفة أو يوم الجمعة فكان ما ذكرنا بر في يمينه وإنما كان ذلك لأن الفعل الذي هو قتل إن وجد ببغداد ويوم السبت لكنه موصوف بصفة الإضافة إلى المخاطب وإنما يصير موصوفا بالإضافة وقت ثبوت أثره وهو زهوق الروح وذلك وجد بالكوفة يوم الجمعة فيحنث في يمينه ونظيره لو قال إن خلق الله تعالى لفلان ابنا في هذه السنة فعبدي حر فحصل له ولد في هذه السنة يحنث وإن كان خلق الله أزليا لكن الإضافة إلى المخلوق إنما تثبت عند وجود أثره وهو وجود الولد كذا ههنا والنكاح في الشرع اسم لما بعد الحل وذلك إنما يوجد عند الإجازة وكذلك العبد إذا اشترى عبدا بغير إذن مولاه ثم بلغ المولى فأجاز فإنه مشترى يوم أجازه المولى لأنه يوم ثبوت الملك.

وقال محمد في البيع الموقوف والفاسد إنه بائع يوم باع ومشتر يوم اشترى وقال في القتل كما قال أبو يوسف لمحمد إن الملك عند الإجازة يتعلق بالعقد كما يتعلق به عند إسقاط الخيار ولأبي يوسف أن الأحكام لا تتعلق **بالعقد الموقوف** وإنما تتعلق بالإجازة ولو كانت الضربة قبل اليمين ومات بالكوفة أو يوم الجمعة لا يحنث في يمينه وإن وجد القتل المضاف إلى المخاطب يوم الجمعة لأن هذا القتل وجد منه قبل اليمين فلا يتصور امتناعه عن اتصافه بصفة الإضافة والإنسان لا يمنع نفسه عما ليس في وسعه الامتناع عنه إذ مقصود الحالف البر لا الحنث ولهذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته لا يحنث فإن وجد السكنى وعرف بدلالة الحال أنه أراد منع نفسه عن قتل مضاف إلى مخاطب باشره بعد اليمين ونظيره ما ذكره محمد أنه لو قال لامرأته أنت طالق غدا ثم قال لها إن طلقتك فعبدي حر فجاء غد فطلقت لم يعتق عبده.

ولو قال لها إن." [١]

"أيضا؛ لأنه يصير كأنه باعها من الوارث ابتداء لتحول ملك الصفقة إليه أو لتقدير صفقة أخرى مع الوارث وذلك فاسد عنده، وعندهما تجب الشفعة للوارث؛ لأن العقد جائز، هذا إذا باع بمثل القيمة فأما إذا باع وحابى بأن باعها بألفين وقيمتها ثلاثة آلاف؛ فإن باعها من الوارث وشفيعها أجنبي فلا شك أنه لا شفعة عند أبي حنيفة عليه الرحمة؛ لأن بيعها من الوارث بمثل القيمة فاسد عنده فبالمحاباة أولى ولا شفعة في البيع الفاسد، وعندهما البيع جائز ولكن يدفع قدر المحاباة فتجب الشفعة.

ولو باع من أجنبي فكذلك لا شفعة للوارث عند أبي حنيفة – رحمه الله –؛ لأن الشفيع يأخذها بتلك الصفقة بالتحول إليه أو بصفقة مبتدأة مقدرة بينهما فكان بيعا من الوارث بالمحاباة، وسواء أجازت الورثة أو لم يجيزوا؛ لأن الإجازة محلها **العقد الموقوف**، والشراء وقع نافذا من المشتري؛ لأن المحاباة قدر الثلث وهي نافذة من الأجنبي فلغت الإجازة في حق المشتري فتلغو في حق الشفيع أيضا.

وأما عندهما فقد اختلفت الروايات فيه؛ في رواية كتاب الشفعة من الأصل والجامع لا شفعة له، وفي رواية كتاب الوصايا له الشفعة، وهي من مسائل الجامع تعرف ثمة إن شاء الله تعالى.

(ومنها) ملك الشفيع وقت الشراء في الدار التي يأخذها بالشفعة؛ لأن سبب الاستحقاق جوار الملك، والسبب إنما ينعقد سببا عند وجود الشرط، والانعقاد أمر زائد على الوجود فإذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سببا؟ فلا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة والإعارة، ولا بدار باعها قبل الشراء، ولا بدار جعلها مسجدا، ولا بدار جعلها وقفا، وقضى القاضي بجوازه أو لم يقض على قول من يجيز الوقف؛ لأنه زال ملكه عنها لا إلى أحد.

ومنها ظهور ملكه للمشتري عند الإنكار بحجة مطلقة؛ وهي البينة وهذا في الحقيقة شرط ظهور الحق لا شرط ثبوته، وعلى

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٧٧/٣

هذا يخرج ما إذا أنكر المشتري كون الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع أنه ليس له أن يأخذ بالشفعة حتى يقيم البينة أنها داره، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وروي عنه رواية أخرى أن هذا ليس بشرط، والقول قول الشفيع ولا يحتاج إلى إقامة البينة وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله.

(وجه) هذه الرواية أن الملك كان ثابتا للشفيع في هذه الدار لوجود سبب الثبوت، وما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل ولأن اليد دليل الملك، ألا ترى أن من رأى شيئا في يد إنسان حل له أن يشهد له بالملك دل أن اليد دليل الملك من حيث الظاهر فكان الملك ثابتا للشفيع ظاهرا.

(وجه) ظاهر الرواية أن سبب ثبوت الحكم لا يوجب بقاءه وإنما البقاء بحكم استصحاب الحال لا يصلح للإلزام على الغير؛ كحياة المفقود وحرية الشهود ونحو ذلك، والحاجة ههنا إلى إلزام المشتري فلا يظهر الملك في حق المشتري.

وقوله: اليد دليل الملك قلنا: إن سلم ذلك فالثابت باليد ملك يظهر في حق الدفع لا في حق الاستحقاق على الغير، والحاجة ههنا إلى الاستحقاق على المشتري فلا يكفي الملك الثابت بظاهر اليد، وذكر عن أبي يوسف فيمن ادعى على آخر دارا وأقام البينة على أن هذه الدار كانت في يد أبيه مات وهي في يده أنه يقضى له بالدار فإن جاء يطلب بها شفعة دار أخرى إلى جنبها لم يقض له بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك لم يجعل القضاء باليد قضاء بالملك على الإطلاق حيث لم يوجب به الشفعة، وعلى هذا يخرج ما ذكر عن محمد أنه قال في حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم أن الحائط بينهما إلا بالخشبة فبيعت إحدى الدارين أنه إن أقام الآخر بينة أن الحائط بينهما فهو أحق من الجار؛ لأنه شريك، وإن لم يقم بينة لم أجعله شريكا؛ لأن ملك الحائط بينهما لم يثبت إلا بظاهر الاستعمال بالخشبة، والملك الثابت بمثل هذا الظاهر لا يكفي لاستحقاق الشفعة، قال: ولو أقر البائع قبل البيع أن الحائط بينهما لم أجعل له بهذا شفعة بمنزلة دار في يد رجل أقر أنها لآخر فبيعت إلى جنبها دار فطلب المقر له الشفعة فلا شفعة له حتى يقيم البينة أن الدار داره؛ لأن الملك في الموضعين جميعا ثبت بالإقرار وأنه حجة قاصرة، فيظهر في حق المقر في المسألة الأولى، وفي المسألة الثانية يظهر في حق المقر له خاصة ولا يتعدى إلى المشتري.

وذكر في المنتقى عن أبي يوسف في رجل في يده دار عرف القاضي أنها له، فبيعت دار إلى جنب داره فقال – الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة –: داري هذه لفلان وقد بعتها منه منذ سنة، وقال: هذا في وقت يقدر على الأخذ بالشفعة، أو طلبها لنفسه، قال: لا شفعة له في الدار حتى يقيم المقر له بينة على المشتري.

(أما) المقر فلا شك أنه لا شفعة له." (١)

"وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة، فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف، ولهذا قلنا: لا يجوز تحريرها عن الكفارة وإن كان نص التحرير مطلقا عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا.

(وجه) قول أبي حنيفة: أن اسم الجارية بإطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الأطراف، فلا يجوز تقييد المطلق

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ١٤/٥

إلا بدليل وقد وجد.

(وأما) في باب الكفارة فلأن الأمر تعلق بتحرير رقبة، والرقبة اسم لذات مركب من هذه الأجزاء، فإذا فات ما يقوم به جنس من منافع الذات، انتقض الذات فلا يتناوله مطلق اسم الرقبة فأما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات باعتبار الأجزاء، فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية، بخلاف اسم الرقبة حتى إن التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما لا يجوز في الكفارة كذا قالوا.

ولو وكله أن يشتري له جارية وكالة صحيحة، ولم يسم ثمنا، فاشترى الوكيل جارية، إن اشترى بمثل القيمة أو بأقل من القيمة أو بزيادة يتغابن في مثلها جاز على الموكل، وإن اشترى بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها يلزم الوكيل؛ لأن الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الأمر على الوكلاء ولامتنعوا عن قبول الوكالات وبالناس حاجة إليها، فمست الحاجة إلى تحملها ولا ضرورة في الكثير لإمكان التحرز عنه، والفاصل بين القليل والكثير إن كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة، وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة؛ لأن ما يدخل تحت تقويم المقومين، لا يتحقق كونه زيادة وما لا يدخل كانت زيادته متحققة، وقدر محمد الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال: إن كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها، وإن كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها، وقال الجصاص ما ذكره محمد، لم يخرج مخرج التقدير في الأشياء كلها؛ لأن ذلك يختلف باختلاف السلع.

منها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه، ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبنا فيه، وقدر نصر بن يحيى: القليل بالده ينم وفي الحيوان بالده يازده وفي العقار بالده دوازده، والله – تعالى – أعلم.

الوكيل بشراء عبد بعينه إذا اشترى نصفه فالشراء موقوف إن اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة؛ لأنه امتثل أمر الوكيل، وعند زفر يلزم الوكيل ولو خاصم الموكل الوكيل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي، وألزم القاضي الوكيل ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل إجماعا؛ لأنه خالف.

وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه عيب، كالعبد والأمة والدابة والثوب وما أشبه ذلك، وهذا بخلاف ما إذا وكله ببيع عبده، فباع نصفه أو جزءا منه معلوما أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء با ع الباقي منه أو لا، والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقا.

ولو أعتقه بعد ما اشترى نصفه قبل أن يشتري الباقي قال أبو يوسف: إن أعتقه الموكل جاز، وإن أعتقه الوكيل لم يجز، وقال محمد على القلب من ذلك.

(وجه) قول محمد: أن الوكيل قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشتريا للموكل فكيف ينفذ منه إعتاقه وهو في الظاهر مشتر لنفسه، فينفذ إعتاقه.

ولأبي يوسف أن إعتاق الموكل صادف **عقدا موقوفا** نفاذه على إجازته، فكان الإعتاق إجازة منه، كما إذا صرح بالإجازة. وإعتاق الوكيل لم يصادف **عقدا موقوفا** على إجازته؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه، فلم يحتمل التوقف على إجازته؛ فبطل.

وإن كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل، ولا يقف لزومه على شراء الباقي.

نحو إن وكله بشراء كر حنطة بمائة درهم، فاشترى نصف الكر بخمسين، وكذا لو وكله بشراء عبدين بألف درهم، فاشترى أحدهما بخمسمائة، لزم الموكل إجماعا.

وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد، فاشترى واحدا منها والله أعلم.

الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم إذا اشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم، لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحسانا.

(وجه) قول أبي يوسف: أن هذا خلاف صورة لا معنى لأنه خلاف إلى خير، وذا لا يمنع النفاذ على الموكل.

كما إذا اشترى عشرة أرطال ونصفا بدرهم أنه يلزم الموكل كذا هذا.

(وجه) قولهما أن الوكيل يتصرف بحكم الآمر، فلا يتعدى تصرفه موضع الأمر، وقد أمره بشراء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك.

بخلاف ما إذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم؛ لأن الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة." (١)

"البيع، فإن الفضولي إذا با ع ثم فسخ قبل الإجازة صح فسخه، ومحمد رحمه الله فرق بينهما.

ووجهة الفرق أنه ثبت للزوج ولمن وقع البيع له حق الإجازة في هذا العقد، وفي النقض إبطاله، والإنسان لا يملك إبطال حق الغير إلا بطريق النيابة عن صاحب الحق أو ضرورة دفع الضرر عن نفسه والنيابة لم توجد، وليس في بعض النكاح دفع الضرر عن العاقد؛ لأن حقوق العقد لا ترجع إليه على تقدير النفاد، أما في بعض البيع دفع الضرر عن العاقد؛ لأن الحقوق ترجع إليه على تقدير النفاد. فرع محمد رحمه الله في الجامع على أصله فقال: عاقد النكاح في الفسخ على أربعة أوجه: منها ما لا يملك الفسخ بالقول والفعل وهو (....) بالعقد الذي لم يؤمر به إذا فسخه لم يصح فسخه، ولو زوجه أمها كان الثاني موقوفا ولم ينفسخ الأول.

والثاني: أن يملك الفسخ بالقول ولا يملك الفسخ بالفعل، نحو أن يوكله بأنه يزوجه امرأة بعينها فزوجها إياه، وخاطب من جانب المرأة أجنبي فإنه يملك الفسخ قبل أن يخبر المرأة بالقول ولا يملك الفسخ بالفعل حتى لو زوجه أختها كان الثاني موقوفا أيضا ولم ينفسخ الأول، وقد ذكرنا الوجه فيه.

والثالث: أنه يملك الفسخ بالقول، نحو أن يزوجه امرأة بغير أمره ثم إن الزوج وكله أن يزوجه امرأة فزوجه أختها فيفسخ العقد الأول؛ لأنه في العقد الثاني وليه وينزل قوله نزلة قول الموكل: لو أن الموكل تزوج أختها، انفسخ **العقد الموقوف**، فكذا إذا زوجه الوكيل أختها ولكن لو فسخ الوكيل ذلك العقد بالقول لا يصح فسخه، وقدمنا الوجه فيه.

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٦/٣٠

والرابع: أنه يملك الفسخ بالقول والفعل جميعا نحو: أن يوكله أن يزوجه امرأة بغير عينها، فزوجه امرأة وخاطب عنها فضولي ملك الفسخ بالقول، وكذا لو زوجه أختها انفسخ العقد الأول؛ لأنه وكيل في النكاح الثاني فانتقل فعله إلى الموكل، فصار كأن الموكل تزوج بنفسه.

وذكر في «العيون» : رجل وكل رجلا أن يزوجه امرأة نكاحا فاسدا فزوجه امرأة نكاحا جائزا لم يجز، فرق بين الوكيل بالنكاح الفاسد وبين الوكيل بالبيع الفاسد فإن الوكيل بالبيع الفاسد، لو باع بيعا صحيحا يجوز. والفرق: أن الوكيل بالبيع الفاسد وكيل بالبيع؛ لأن البيع الفاسد بيع لأنه يفيد الملك، فإذا صار وكيلا بالبيع؛ فإذا باع بيعا جائزا فقد خالف إلى خير، وأما الوكيل بالنكاح الفاسد ليس بوكيل بالنكاح، فإن النكاح الفاسد ليس بنكاح؛ لأنه لا يفيد الملك، ولهذا لا يجوز طلاقها ولا ظهارها، وإذا لم يصر وكيلا لم ينفذ تصرفه على الموكل.

في «فتاوى الفضلي» رحمه الله: أكره رجل ابنه على أن يوكله بتزويج ابنته لهذا الابن، وقال الابن للأب من ارسوما يررنرنترارم مرخه خواهى كن فذهب الأب فزوج ابنة." (١)

"ولو قتل هذا الصبي إنسانا في يد الغاصب فرده على الولي، وضمن عاقلة الصبي الدية لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب؛ لأنهم لو رجعوا على الغاصب لرجعوا بحكم الغصب، والحر لا يضمن بالغصب.

ولو غصب مدبرا، ومات في يده ضمن، ولو غصب أم ولد، وماتت في يده لم يضمن في قول أبي حنيفة، وعندهما يضمن، ولو غصب مكاتبا، ومات في يده؛ لم يضمن في قول أبي حنيفة، وعندهما يضمن، ولو غصب مكاتبا، ومات في يده يضمن بلا خلاف؛ كما لو غصب مدبرا.

الفصل الخامس عشر في المتفرقات

وإذا باع الغاصب المغصوب من رجل، وأجاز المالك بيعه صحت الإجازة؛ إذا استجمعت الإجازة شرائطها، وهي قيام البائع، والمشتري والمعقود عليه، وأن تكون الإجازة قبل الخصومة عند أبي حنيفة، ولا يشترط قيام الثمن في ظاهر الرواية إذا كان البيع بالدراهم أو بالدنانير، وإن كان المالك قد خاصم الغاصب في المغصوب، وطلب من القاضي أن يقضى له بالملك، ثم أجاز البيع، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لا تصح إجازته؛ هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني، وشيخ الإسلام خواهر زاده، وذكر شمس الأئمة السرخسي في «شرحه» أن الإجازة صحيحة في ظاهر الرواية، وذكر في «النوادر» أنها لا تصح.

فوجه قول أبي يوسف ومحمد: أن الإجازة لاقت **عقدا موقوفا**، فتصح كما قبل الخصومة بيانه أن الفسخ لم يوجد من المالك نصا....... الخصومة، والخصومة كما تكون لاستدامة الملك فيما يتخاصم، فيكون ... تكون لإثبات الملك لنفسه حتى يجبر العقد فيه، وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: بأن الإجازة صحيحة قبل الخصومة، فتكون الخصومة لاستدامة الملك؛ لا

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٣٩/٣

لصحة الإجازة، فتثبت استدامة الملك تنتفي الخصومة، فيكون ذلك فسخا للعقد كما لو ثبتت استدامة الملك نصا، فإن كان لا يعلم قيام البيع وقت الإجازة بأن كان قد أبق من يد المشتري؛ ذكر في ظاهر الرواية أن الإجازة صحيحة، وروي عن أبي يوسف: أنها لا تصح، فإن كان الغاصب قد قبض الثمن، وهلك في يده، ثم أجاز المالك البيع؛ هلك الثمن على ملك المغصوب منه اعتبارا للإجازة في الانتهاء بالإذن في الابتداء.

ذكر شيخ الإسلام في أول صلح «الجامع» إذا قال الرجل لغيره: اسلك هذا الطريق، فإنه آمن فسلك، وأخذه اللصوص؛ لا يضمن، ولو قال: إن كان مخوفا وأخذ." (١)

"وهذا لا ينفي ضمان القيمة على الغاصب، فإن رده المشتري بالعيب إن كان قبل القبض فهو في ضمان الغصب على حاله؛ لأن الغاصب لا يبطل بمجرد البيع، فلا يبطل الضمان المتعلق به، وإن كان الرد بعد القبض لا يعود مضمونا؛ لأن التسليم حصل بأمر المالك؛ لأن الأمر بالبيع أمر بالتسليم، والتسليم إلى المشتري بأمر المالك بمنزلة التسليم من المالك، ولو سلم المالك إلى المشتري برىء الغاصب من الضمان، فكذا إذا سلم الغاصب بأمر المالك، وضمان الغصب متى بطل لا يعود إلا بغصب جديد.

قال محمد رحمه الله في «الجامع» : رجل غصب من رجل جارية، وغصب آخر من رب الجارية عبدا، وتبايعا العبد بالجارية وتقابضا، ثم بلغ المالك فأجازه كان باطلا؛ لأن الإجازة إنما تلحق **العقد الموقوف** دون الباطل، وهذا العقد وقع باطلا؛ لأن البيع تمليك بتملك، وتملك بتمليك، وذلك لا يكون في بيع مال الرجل بماله.

يوضحه: أن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، ولو أذن المالك لهما في الابتداء بذلك لا ينعقد فكذا إذا فعلها بغير إذن المالك لا يتوقف.

ولو كان مالكهما رجلين فبلغهما فأجازا، كان جائزا، وصارت الجارية لصاحب الغلام، وعلى غاصب الغلام قيمة الغلام لمولاه، ويصير الغلام لصاحب الجارية، وعلى غاصب الجارية قيمة الجارية لمولاها؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو أذن كل واحد من المالكين في الابتداء بأن قال صاحب الغلام للذي غصبه: اشتر جارية فلان بغلامي هذا، وقال صاحب الجارية لغاصبها: اشتر غلام فلان بجاريتي هذه؛ كان الجواب كذلك؛ وهذا لأن كل واحد منهما صار مشتريا ما في يد صاحبه بما في يده بإبقاء ما في يد صاحبه بما في يده، ولا يتوقف في الشراء؛ لأن شراء الفضولي لا يتوقف على الإجازة؛ بل يتوقف على المشتري إنما التوقف في البيع، ولما كان هكذا صار شراء كل واحد منهما واقعا لنفسه؛ كأن كل واحد منهما قال لغاصبه: اشتر لنفسك مملوك فلان بمملوكي، وإنما احتيج إلى الإجازة لنفاذ البيع، فانعقد تصرف كل واحد منهما على أن يد الملك للمشتري في المشترى، ولكن عند إجازة المالك وصار كل واحد منهما مستقرضا ما غصب حتى يكون البدل على من ثبت له الملك في المبدل.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥/٥٠٧

واستقراض الحيوان، وإن كان لا يجوز إلا أنه إنما لا يجوز إذا حصل قصدا، وههنا حصل في ضمن الشراء، وإنه تصرف مشروع قطعا فصار هو مشروعا بشرعيته أيضا، ولما صار كل واحد منهما مستقرضا ما غصب والمستقرض فيما ليس من ذوات الأمثال مضمون بالقيمة ووجب على كل واحد من الغاصبين قيمة ما غصب؛ لهذا.

قال فيه أيضا: رجل غصب من آخر مائة دينار، وغصب آخر من ذلك الرجل ألف درهم، ثم تبايع الغاصب الدنانير بالدراهم، وتقابضا، ثم تفرقا، ثم حضر المالك فأجازه جاز.

فرق بين هذا، وبين الوجه الأول، والفرق: وهو أن ههنا العقد ما وقع على الدراهم، والدنانير بأعيانهما لما عرف من أصلنا: أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في." (١)

"البيع بظاهره غير صحيح، وينبغي أن لا ينقض البيع ههنا إلا أن يختار المشتري النقض.

فكان تأويل قول محمد: انتقض إذا اختار المشتري النقض، وبعضهم قالوا: قول محمد بظاهره صحيح، وينتقض البيع من غير اختيار المشتري النقض؛ لأن الغاصب هي ضمن القيمة بملك المغصوب من وقت الغصب، وبيع المولى كان بعد ذلك، فيظهر أنه كان بائعا مال الغير، وهو الغاصب بخلاف ما لو قبل بعد البيع أو غصب؛ لأن القيمة هناك وجبت بعد البيع، فمتى بقي البيع لا يؤدي إلى أن يصير بائعا مال الغير.

وفي «نوادر بشر» : قال: سألت محمدا عمن اشترى المغصوب منه، وهو في يد الغاصب، والغاصب جاحد له، قال: يجوز، ويقوم المشتري في دعواه ذلك مقام المالك قال: وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

وذكر ابن سماعة في «نوادره» عن أبي يوسف: أنه قال: قال أبو حنيفة: لا يجوز بيعه من غير الغاصب، وقلت أنا: هو جائز.

وروى بشر عن أبي يوسف في رجل غصب من آخر طعاما وتصدق به، وكان قائما في يد المساكين حتى اشتراه الغاصب من المغصوب منه جاز شراؤه ويرجع في صدقته، ولا يجزئه عن كفارة يمينه، وإن استهلك المساكين الطعام بعد الشراء ضمنوا، ولو لم يشتر وضمن قيمته جازت صدقته وأجزأت عنه ولم يرجع فيها، ولو كان الطعام مستهلكا حال ما اشتراه الغاصب من المغصوب منه في أيدي المساكين، فالشراء باطل إلا أن يقول: أشتري منك ما لك علي من الطعام، فيجوز الشراء وجازت الصدقة للمساكين.

قال محمد في «الجامع» : رجل غصب من آخر عبدا، ثم أن الغاصب أمر رجلا حتى يشتريه له من مولاه، فاشترى صح الشراء، وصار الآمر قابضا له بنفس الشراء؛ لأنه في يده مضمون بضمان نفسه، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء، فكأن الآمر جدد القبض، أكثر ما في الباب أن حق القبض للوكيل لا للموكل، ولكن هذا لا يمنع صحة قبض الموكل، بالبيع ليس له حق قبض الثمن من المشتري مع هذا لو قبض صح كذا ههنا.

وكذلك لو أمر رجل أجنبي الغاصب أن يشتريه له، ففعل صح، وصار الآمر قابضا بنفس الشراء؛ لأنه وجد في حق المأمور،

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥/٥٢١

وهو الغاصب قبض ينوب هو عن قبض الشراء، فصار هو قابضا، وقبض المأمور بمنزلة قبض الآمر، فصار الآمر قابضا من هذا الوجه.

قال في «الجامع» أيضا: رجل غصب من آخر جارية، وغصب رجل من رب الجارية عبدا، وتبايعا العبد بالجارية وتقابضا، ثم بلغ المالك ذلك فأجازه كان باطلا؛ لأن الإجازة إنما تعمل في **العقد الموقوف** لا في العقد الباطل، وهذا العقد وقع باطلا؛ لأن البيع تمليك بتملك، وذلك لا يكون في بيع مال الرجل بماله.

توضحه: أن الإجارة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، ولو أذن المالك لهما في الابتداء بذلك لا ينفذ، فإذا فعلا بغير إذنه لا يتوقف أيضا، ولو كان مالكهما رجلين فبلغهما، وأجازا كان جائزا، وصارت الجارية لغاصب الغلام، والغلام لغاصب الجارية،." (١)

"وكذلك الرمان وهذا لأن البائع لما عزل كان ذلك منه بمنزلة ابتداء العقد فان قبل المشتري، ثم البائع إلا أن قال: ثمة ولو أتى إلى مائة شاة وقال لصاحبها: بكم عشرة منها قال: بكذا، فاشترى فالبيع باطل.

قالوا: وعلى قياس مسألة البطيخ والرمان يجب أن يقال: إذا عزل البائع عشرة منها وحملها المشتري ومضى على ذلك أنه يجوز، وعلى قياس مسألة الشهادة يجب أن يقال في البطيخ والرمان: إذا لم يعزل البائع أو عزل، ولكن لم يقبل المشتري أنه لا يجوز، فإذا لا فرق بين هذه المسائل.

وفي «المنتقى» : رجل معه درهم قال لغيره: اشتريت منك هذا الثوب مثلا بهذا، وأشار إلى ما معه من الدرهم، فباعه فوجده زيوفا، فالبيع فاسد، رجل قال لغيره: بعت منك هذه المئة الشاة بهذه المئة الشاة كل شاة منها بشاة فالبيع فاسد.

رجل قال لآخر: بعت منك هذه البقرة، وهي حية كل رطل بدرهم، فقبضها فضاعت منه ضمن قيمتها أشار الى فساد هذا البيع، وعند محمد فيمن قال لآخر: بعتك هذه الشاة كل ثلاثة أرطال بدرهم توزن حية، فالبيع باطل؛ لأنها تنقص وتزيد، وكذلك إذا قال: وزنها خمسون رطلا، فاشترى منه كل ثلاثة أرطال بدرهم، وكذلك إذا قال: بعت منك هذه الرمانة؛ لأنها قد تنقص.

وفي «القدوري» : إذا قال الرجل لغيره: بعت منك هذا اللحم كل رطل بكذا، فالبيع فاسد في الكل عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: البيع جائز في الجميع، ولا خيار له.

والخلاف في هذا نظير الخلاف فيما إذا قال: بعت (٣٥٥أ) منك هذا القطيع كل شاة منها بدرهم، وإنما لم يجز البيع في رطل واحد عند أبي حنيفة بخلاف مسألة الصبرة؛ لأن القفزان من الصبرة لا يختلف، فيمكن تجويز العقد في قفيز واحد؛ لأن ثمنه معلوم، أما موضع اللحم من الشاة مما يختلف، فلا يمكن تجويز العقد في رطل واحد، ولو با ع شيئا بربح ده يازده، فالبيع فاسد حتى يعلم المشتري فيختار أو يدع.

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٣٤٢/٦

وهذه رواية ابن رستم عن محمد، وهذا لأن الثمن مجهول عند المشتري جهالة يمكن بإعلام فقيل بالفساد في الحال لمكان الجهالة وقيل: الجواز إذا زالت الجهالة عملا بالأمرين.

وروى ابن سماعة عن محمد: أن البيع جائز وتأويله أنه موقوف يحكم بالجواز عند ارتفاع الجهالة بدليل ما فسر أنه لو هلك ذلك الشيء، أو باعه، فالبيع فاسد ويلزمه قيمته، فهذا الدليل على أن العقد محكوم بفساده الى أن تزول الجهالة.

وقال أبو يوسف: إن مات البائع قبل أن يرضى المشتري، وقد قبض أو لم يقبض انتقض العقد؛ لأن رضى المشتري ههنا بمنزلة الإجازة في **العقد الموقوف**، ثم في." (١)

"ثم في باب البيع من له الأجل إذا أسقط الأجل قبل دخول وقت الحصاد والدياس انقلب العقد جائزا استحسانا عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر والشافعي، وعلى هذا الاختلاف إذا باع بشرط الخيار إلى الأبد حتى فسد العقد بلا خلاف، ثم إن من له الخيار أسقط الخيار قبل مضي الثلاث ينقلب العقد جائزا عند أبي حنيفة، وعندهما في أي وقت أسقط الخيار ينقلب العقد جائزا، وعلى هذا إذا باع بشرط الخيار أربعة أيام حتى فسد العقد عند أبي حنيفة، ثم إن من له الخيار أسقط الخيار قبل مضي الثلاث ينقلب العقد جائزا، واختلفت عبارة المشايخ في جنس هذه المسائل.

فعبارة أهل العراق أن العقد فاسد، ويرتفع الفساد بحذف الشرط، ويرفع المفسد، وعبارة أهل خراسان أن العقد موقوف، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع في مسألة الخيار، أو دخل وقت الحصاد في بعض البلدان يفسد، وذكر أبو الحسن الكرخي نصا عن أبي حنيفة في مسألة الخيار أن البيع موقوف على إجازة المشتري في المدة، وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة، ومعنى هذا أن الخيار للمشتري، فيكون ولاية الإلزام له، ولكن لما كان **العقد موقوفا** يتمكن البائع من الفسخ؛ لأن كل واحد من المتبايعين يتمكن في فسخ **العقد الموقوف**.

وأجمعوا ما إذا باع بألف ورطل من خمر، أو باع إلى أن يهب الريح، أو إلى أن تمطر السماء، ثم إن من له الخمر، ومن له الأجل إلى سقط الخمر والأجل لا ينقلب العقد جائزا، هذا هو المذكور في عامة النسخ، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «شرحه» في باب البيوع: إذا كان فيها شرط أنه إذا باع بألف ورطل من خمر، ثم اتفقا على إسقاط الخمر أن العقد ينقلب جائزا، ولكن لا ينفرد أحدهما بالإسقاط بل يشترط اتفاقهما على الإسقاط وفي البيع إلى أجل مجهول ينفرد من له الأجل بالإسقاط.

ومن جملة الآجال المجهول أن يبيع إلى النيروز والمهرجان، وقد ذكر محمد رحمه الله مسألة النيروز والمهرجان في «الجامع الصغير» : وأجاب بالفساد مطلقا.

وذكر في «الأصل» : وقال: إن كان لا يعرف بأن كان يتقدم ويتأخر لا يجوز كما في الحصاد والدياس، وإن كان معروفا بالأيام بحيث لا يتقدم ولا يتأخر يجوز، وقد ذكر الكرخي في كتابه قريبا مما ذكر في «الأصل» : فإنه قيد الجواب بالفساد

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٣٦٧/٦

بما إذا كان المتعاقدان لا يعرفان، وفيه وله أحدهما، والصحيح من الجواب في هذه المسألة: أنهما إذا لم يبينا نيروز المجوس أو نيروز السلطان، فالعقد فاسد، وإذا بينا أحدهما وكانا يعرفان وفيه لا يفسد العقد، والبيع إلى الميلاد، فالبيع فاسد، هكذا ذكر محمد رحمه الله في «الكتاب» : فإن كان المراد ميلاد البهائم، فالجواب على ما أطلق في الكتاب؛ لأنه مما يتقدم ويتأخر، وإن كان المراد ميلاد عيسى عليه السلام، فما ذكر من الجواب محمول على ما إذا لم يعرفا.

وفيه: إذا باع من آخر شيئا بألف درهم، وهما ببخارى على أن يوفيه الثمن بسمرقند مثلا لا يجوز، ولو باعه بألف درهم إلى شهر على أن يوفيه الثمن بسمرقند يجوز سواء كان الثمن شيئا له حمل ومؤونة أو كان شيئا لا حمل له ولا مؤونة.." (١)

"أحدهما صح البيع في النصف الذي هو نصيب المجيز، وهذا قول أبي يوسف، وقال محمد وزفر: البيع جائز في ربعها، ولو وهب نصيبه من الدين المشترك للمديون جازت الهبة في نصيبه، ولو وهب نصف الدين مطلقا تنفذ الهبة كما لو قال: وهب نصف العبد المشترك.

هشام عن محمد في غلام بين رجلين ليسا بشريكين في الأشياء قال: أحدهما لصاحبه وقد وكلتك ببيع نصيبي من هذا الغلام، فباع المأمور نصف هذا الغلام بعد هذا القول ولم يبين أي النصفين هو، ثم مات العبد بعد تسليم المبيع منه، فقال البائع بعد موته: قد بعت نصيبي فالقول قوله.

قال في «الجامع الكبير» : رجل باع عبد غيره بغير أمر صاحب العبد بألف درهم ومثله المشتري، وباعه أخر من رجل بألف درهم بغير أمر صاحب العبد فقبله المشتري الثاني توقف العقدان؛ لأنه لا مزاحمة في التوقف، وإذا بلغ المولى ذلك فأجازهما بنصف العقدان؛ لأن البيعين تعارضا في الحكم، وليس أحدهما بأولى من الآخر والمحل قابل للتنصيف فينصف، فكان لكل واحد من المشترين الخيار؛ لأن كل واحد منهما إنما أقدم على السواء عنه في الكل، ولم يسلم لكل واحد منهما إلا النصف.

وكذلك لو وكل المولى رجلين كل واحد منهما ببيع العبد فباعه كل واحد منهما من رجل على حدة ووقع البيعان جميعا معا يحكم بالتنصيف؛ لأنا نعتبر الإذن في الابتداء بالإجازة في الانتهاء بالبيعين بنصف البيعان، فكذا إذا وجد الإذن في البيعين في الابتداء ويخير المشتريان لما قلنا.

وكذلك لو كان الذي ولي البيع فضوليا واحدا والمشتري أهان بأن باع العبد من رجل بألف بغير أمر المولى وباع من آخر كذلك، فبلغ المولى فأجازهما ينصف العقدان، وكان أبو الحسن الكرخي يقول: تأويل المسألة فيما إذا أخرج البيعان معا بأن قال الذي ولي البيع: بعت من كل واحد منكما جميع هذا العبد من هذا بألف ومن هذا بألف فقبلا جميعا، ثم أجاز المولى البيعين، فأما إذا حصل ذلك على وجه التعاقب، فالثاني ببعض الأول؛ لأن الفضولي ملتزم العهدة والناس يتعاونون في الوفاء بموجب المعاملة فصار إقدامه على البيع الثاني فسخا للعقد الأول، والفضولي يملك فسخ **العقد الموقوف** قبل إجازة المالك، ولهذا لو فسخه صريحا ينفسخ فيتضمن إقدامه على البيع الثاني فسخا للبيع الأول، وصار كما لو كان المباشر للبيع الثاني

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٦/٤٠٥

هو المالك، وصار كما لو كان المشتري (٦٨ب٣) واحدا، وأكثر مشايخنا على أن ما ذكر في «الكتاب» : أصح.
ووجهه: أنه لم يوجد من الفضولي فسخ العقد الأول لا نصا ولا دلالة، أما نصا فلا شك وكذلك دلالة لما قلنا: أنه لا مزاحمة في التوقف بخلاف ما إذا كان المباشر للعقد الثاني هو المالك أوجب حكم العقد وبين الحكمين تنافي فانتقض الأول ضرورة، وبخلاف ما إذا كان المشتري واحدا؛ لأن الشراء الثاني لازم في حق المشتري وإنما امتنع النفاذ من الجانب الآخر لحق المولى، فصار إقدام المشتري على الشراء الثاني فسخا للأول، وهو يملك فسخ البيع الأول، فأما ههنا إن وجد من المشتري الثاني دلالة الفسخ إلا أنه لا يملك فسخ العقد الأول، والفضولي وإن ملك الفسخ لم يوجد منه دلالة الفسخ فلهذا لا ينفسخ العقد الأول.." (١)

"البيع؛ لأن تمام المدة دلالة لزوم البيع، فإذا اعترض في حال توقف الفسخ.
فوجه قول أبي يوسف: أن صاحب الخيار تصرف برضا صاحبه فلا يشترط علم صاحبه كالوكيل بالبيع، فإنه لا يشترط علم الموكل لصحة البيع لما قلنا كذا هنا.
بيانه: أن ولاية النقض بحكم شرط الخيار، وصاحبه شاركه في شرط الخيار، وعن أبي يوسف رواية أخرى في «النوادر» مثل قولهما: إن صاحب الخيار بالفسخ يلزم حكما مبتدأ على صاحبه، ولصاحبه فيه ضرر إذا لم يعلم به، ونعني بهذا الفسخ فسخ العقد، فإن العقد ثابت في حق الحكم ففسخه ورفعه يكون حكما مبتدأ.

وإنما قلنا لصاحبه فيه ضرر إذا لم يعلم به؛ لأنه تبنى على هذا أحكام يلزمه أداؤها، فإذا كان لا يشعر بها يمضي على موجب العقد ولا يؤدي تلك الأحكام، فيؤاخذ بسبب تركها، وهذا الضرر إنما جاء من ناحية الفسخ بلا علم، فيكون هذا إضرارا منه لصاحبه، فوجب أن لا يرد من غير علم صاحبه دفعا للضرر عن صاحبه، ألا ترى أن من له خيار العيب إذا أراد الرد ... العبد إلى ملك البائع ويبني على الملك أحكام يجب آداؤها، فإذا كان لايعلم به لايؤدي فيؤاخذ بترك الأداء، فلم يصح من غير علمه دفعا للضرر عنه، ولا يلزم على ماقلنا الإجازة؛ لأنه لا ضرر على صاحبه في الإجازة من غير علمه، فلا يتوقف صحتها على علمه، ولأنه لازم في حقه قبل الإجازة.
وأما الفسخ بالفعل أن يتصرف البائع في مدة الخيار في المبيع تصرف الملاك كما إذا اعتق أو دبر أو كاتب؛ لأن هذه التصرفات مختصة بالملك ولا يحتاج إليها للاختيار للملك دلالة، واختيار الملك يوجب نقض البيع، ولأن بعد هذه التصرفات يتعذر عليه الإجازة؛ لأن الحر ليس بمحل الابتداء، فلا يكون محلا لإجازة البيع فيه، والأصل في **العقد الموقوف** إذا حدث فيه ما يتعذر بالإجازة أن ينفسخ، العقد مشروع للإجازة لا.t
... وكذلك إذا با ع من غيره؛ لأن البيع من التصرفات المختصة بالملك ولأن البيع قد نفذ؛ لأنه لاقى ملك البائع، والعقد.

النافذ إذا طرأ على **العقد الموقوف** أوجب انفساخه، وكذلك لو وهب وسلم ينفسخ البيع، ولو وهب ولم يسلم لاينفسخ

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٤٣٣/٦

البيع. اذا رهن وسلم ينفسخ (٨٠ب٣) البيع، وإذا رهن وسلم ينفسخ البيع، وإذا آجر ذكر هذه المسألة في بعض المواضع، وقال: لا يكون فسخا ما لم يسلمه إلى المستأجر، وذكر في بعضها أنه يكون فسخا وإن لم يسلمه إلى المستأجر، وبه أخذ عامة المشايخ، ثم تصح هذه التصرفات بغير محضر من المشتري بلا خلاف، وإن كانت هذه التصرفات توجب فسخ البيع، والمشروط له الخيار لا يملك فسخ البيع حال غيبة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الفسخ بهذه التصرفات يثبت حكما لا قصدا، وقد يثبت الشيء حكما لغيره وإن كان لا يثبت قصدا، وقد روي عن محمد ما يدل على اشتراط حضرة صاحبه، وستأتي تلك الرواية بعد هذا إن شاء الله.." (١)

"وإن تصادق البائع والمشتري أن البيع كان بغير الأمر فذاك بينهما فسخ للعقد، والوكيل مع الموكل يفسخان العقد ويصح فسخهما.

بيانه: أن دخولها في هذا العقد اعتراف منهما نفاذه وإقراره بأمر صاحب العقد واتفاقهما على عدم الأمر بعد ذلك يجعل اتفاقا منهما على الفسخ فيجعل ذلك فسخا منهما على طريق الابتداء على طريق نفي العقد في الأصل، وإنما يصح الفسخ بينهما لا على الموكل؛ لأن تصادقهما لا يعمل في حق الموكل ويجعل في حق الموكل هذا بيعا مبتدأ، فإن حضر صاحب العبد وصدقهما ادعى لزمه الفسخ وهذا العبد إلى قديم ملكه؛ لأن فسخهما إنما لم يقبل في حق الموكل دفعا للضرر حتى صدقهما فيما زعما، وإن كذبهما فيما زعما وقال: كنت أمرته فالبيع ماض في حقه صحيح في حقهما، ويجعل في حق الموكل كأن الوكيل اشتراه من المشتري.

وهو نظير المشتري مع الوكيل إذا قالا: البيع بفسخ الإقالة فسخا بينهما بيعا مبتدأ في حق الموكل كذا ههنا، ثم يبطل الثمن على المشتري عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الفسخ قد صح فيما تلقهما والفسخ يبطل الثمن عن المشتري؛ لأن الوكيل بالبيع يملك إسقاط الثمن عن المشتري عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بالفسخ كما يملك الإبراء ويضمن للموكل مثله كما في الإبراء، وعلى قول أبي يوسف لا يبطل الثمن عن المشتري؛ لأن عنده الوكيل بالبيع لا يملك إسقاط الثمن عن المشتري.

وفيه أيضا: رجل في يده مملوك لرجل قال رجل لصاحب العبد: آمرك أن تبيعه مني بكذا فصدقه صاحب اليد أو سكت وباع منه العبد وتقابضا، ثم حضر البائع عند القاضي وقال: إن صاحب العبد قد حضر وأنكر الأمر بالبيع، وأقام البينة على ذلك وأراد نقض البيع، أو أراد استحلاف المشتري على ذلك بأن لم يكن له بينة لا يلتفت إلى قوله؛ لأن هذه الدعوى منه لم تصح لمكان التناقض والسعي في بعض ما تم به، أما إذا صدق المشتري فيما قال فظاهر، وأما إذا سكت؛ فلأنه إنما باعه بناءا على ما ادعى به الأمر فصار بمنزلة المقر بالأمر، ولم يذكر في «الكتاب» أن صاحب اليد لو كذب في دعوى الأمر وباعه بعد ذلك، والصحيح: أن الجواب فيه نظير الجواب فيما إذا تصدق أو سكت؛ لأنه إنما باعه بناءا على دعوى الأمر فيعلق به حق الغائب فلا يملك إبطاله، وإن حضر صاحب المملوك عند القاضي وجحد الأمر بالبيع، ثم غاب وطلب البائع نقض البيع أجابه القاضي إلى ذلك؛ لأنه لما جحد الأمر عند القاضي، فقد ظهر عنده أن البائع كان فضوليا وإن

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٤٩٢/٦

العقد كان موقوفا والفضولي يملك نقض **العقد الموقوف**، ويكون فسخ القاضي إعانة له لا أن يكون فسخا على الحقيقة بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك القاضي لم يعاين جحود المالك، وإنما البائع يريد إثباته بالبينة بيمين المشتري، ولا بد لذلك من الدعوى الصحيحة، ودعوى البائع لم تصح، فإن طلب المشتري يمين المالك بالله ما أمره بالبيع فالقاضي لا يؤخر النقض لذلك ويقول له: انقض البيع ورد العبد على البائع وانطلق واطلب يمين المالك؛ لأن حق النقض قد ثبت للحال بدليل وهو جحود المالك الأمر؛." (١)

"لأن الشرع لما جعل القول قول المنكر فقد جعله حجة فيثبت به عدم الأمر من غير يمين؛ إذ اليمين شرع لنفي التهمة لا لكونه حجة مثبتة فهو معنى قولنا: إن حق النقض قد ثبت للحال بدليل، فلا يجوز تأخيره بطلبه اليمين على ذلك، ولو أن صاحب العبد لم يحضر ولم يجحد الوكالة حتى مات فورثه البائع

فقال (١٢٢أ٣) إن صاحب العبد لم يأمرني بالبيع لا يلتفت إليه؛ لأنه ساع في نقض ما تم به.

فإن قيل: ينبغي أن يلتفت إليه من حيث أنه صار بمنزلة الميت وقام مقامه ومن هذا الوجه لا يتحقق التناقض، ألا ترى أن صاحب العبد لو كان حيا فحضر وجحد الوكالة قبل ذلك منه؟

قلنا: إنما يلتفت إلى قوله إذا صار بمنزلة الميت قائما مقامه في هذا العين، وشرط قيامه مقام الميت في هذا العين بقاء هذا العين على ملكه وذلك لا يثبت بمجرد قوله، فلهذا لا يلتفت إلى قوله، وكذلك لو طلب يمين المشتري على ذلك لا يلتفت إلى ذلك؛ لأن الدعوى لم تصح لما مر، وكذلك لو لم يمت رب العبد وادعى البائع أنه جحد الأمر، ووهب هذا العبد مني وسلمه إلي وصار العبد لي لا يلتفت إلى قوله؛ لأنه يدعي بطلان بيع أقر بصحته متناقضا ساعيا في نقض ما تم به.

بيانه: أنه يدعي أن ذلك العقد كان موقوفا، وإن العبد صار ملكا لي بالهبة فطرأ الملك البات على الملك الموقوف فأوجب بطلان **العقد الموقوف** فصار مدعيا انتقاض ما تم به فلم يصح، ولو مات صاحب العبد فورثه البائع وأقام بينة على أنه يثبت بينته على إقرار المشتري بطلان حقه ولا يريد إبطال ما أوجبه بل يقول: أوجبت البيع وألزمت التسليم إلا أن المشتري نقض وأبطل ما أوجبت البيع له فانعدم التناقض من جهة البائع، والمشتري في دعوى النقض في هذه الفصول بمنزلة البائع؛ لأنه أحد المتعاقدين، وإن حضر صاحب العبد من المشتري كان له ذلك؛ لأن العبد كان مملوكا له لو خرج عن ملكه إنما يخرج إذا حصل البيع من البائع بأمره، وقوله في إنكار الأمر مقبول إذا لم يبين منه ما يجعله متناقضا في إنكار الأمر فلم يثبت الأمر فبقي العبد على ملكه كما كان فكان له أن يأخذ العبد وعليه اليمين إن طلب المشتري ذلك لاحتمال النكول، وإن كان المشتري غائبا فلا سبيل له على العبد؛ لأن العبد في يد المشتري حقيقة وقد صار مملوكا له ظاهرا؛ لأنا حكمنا بصحة البيع ظاهرا؛ لأنه إنما اشتراه بناءا على ظاهر الوكالة فلا بد من نقض العقد وإبطال يد المشتري ليتمكن المولى من أخذه، وفي ذلك قضاء على الغائب وأنه لا يجوز، ولكن للمولى أن يضمن البائع قيمة العبد؛ لأنه باعه بغير أمره وسلمه بغير أمره فوجب عليه قيمة العبد عند تعذر رد العبد كما في الغاصب إذا أبق المغصوب من يده، وللبائع أن يطلب يمين

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٧/٦٣

المولى، بالله ما أمره بالبيع لاحتمال النكول، فإن حلف أخذ قيمته وإن نكل بطل الضمان؛ لأنه صار مقرا.v

وكذلك لو أقام البائع بينة على صاحب العهد في هذه الصورة أنه أمره بالبيع قبلت بينته لأنه بهذه البينة يسقط الضمان عن نفسه فكان خصما فيه، وإن لم يجد بينة على ذلك وحلف الآمر فحلف حتى." (١)

"بتصرف وكيله، فإنه يلزمه قبل المعرفة به.

إذا ثبت هذا، فإنه لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض به حكم من له ولاية. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: للحاكم نقضه إذا خالف رأيه؛ لأن هذا عقد في حق الحاكم، فملك فسخه، **كالعقد الموقوف** في حقه.

ولنا، أن هذا حكم صحيح لازم، فلم يجز فسخه لمخالفته رأيه، كحكم من له ولاية، وما ذكروه غير صحيح، فإن حكمه لازم للخصمين، فكيف يكون موقوفا؟ ولو كان كذلك، لملك فسخه، وإن لم يخالف رأيه، ولا نسلم الوقوف في العقود.

إذا ثبت هذا، فإن لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم؛ لأنه لا يثبت إلا برضاه، فأشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف. وإن رجع بعد شروعه، ففيه وجهان؛ أحدهما، له ذلك؛ لأن الحكم لم يتم، أشبه قبل الشروع. والثاني، ليس له ذلك؛ لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه، رجع، فيبطل المقصود به.

(٨٢٩٨) فصل: قال القاضي: وينفذ حكم من حكماه في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء؛ النكاح، واللعان، والقذف، والقصاص؛ لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها، فاختص الإمام بالنظر فيها، ونائبه يقوم مقامه. وقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد، أنه ينفذ حكمه فيها.

ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين.

وإذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتابا إلى قاض من قضاة المسلمين، لزمه قبوله، وتنفيذ كتابه؛ لأنه حاكم نافذ الأحكام، فلزم قبول كتابه، كحاكم الإمام.

[مسألة القضاء على الغائب]

مسألة؛ قال: ويحكم على الغائب، إذا صح الحق عليه وجملته أن من ادعى حقا على غائب في بلد آخر، وطلب من الحاكم سماع البينة، والحكم بها عليه، فعلى الحاكم إجابته، إذا كملت الشرائط.

وبهذا قال ابن شبرمة ومالك، والأوزاعي، والليث، وسوار، وأبو عبيد، وإسحاق، وابن المنذر.

وكان شريح لا يرى القضاء على الغائب. وعن أحمد مثله.

وبه قال ابن أبي ليلى، والثوري، وأبو حنيفة وأصحابه. وروي ذلك عن القاسم، والشعبي إلا أن أبا حنيفة قال: إذا كان له

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٦٤/٧

خصم حاضر، من وكيل أو شفيع، جاز الحكم عليه. واحتجوا بما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال لعلي: «إذا تقاضى إليك رجلان،." (١)

"أصله حكي الامام رحمه الله فيه وجهين قال من قال بالاول كانه يقول انعقاد **العقد موقوفا** إلى أن يتبين الحال والا فيستحيل ارتداد الملك عن الموكل إلى الوكيل وهذه الاختلافات مفرعة على وقوع العقد للوكيل مع علم الوكيل بالعيب والمذهب خلافه (الحالة الثانية) أن يكون وكيلا بشراء شئ معين فان لم ينفرد الوكيل في الحالة الاولى بالرد فهو ههنا أولى وان انفرد فههنا وجهان (وجه المنع) أنه ربما يتعلق الغرض بعينه فينتظر مشاورته (ووجه الجواز) وهو الاصح والمنصوص في اختلاف العراقيين أن الظاهر أنه بعينه شرط السلامة ولم يذكروا في هذه الحالة أنه متى يقع عن الموكل ومتى لا يقع والقياس أنه كما سبق في الحالة الاولى نعم لو كان المبيع معيبا يساوى ما اشتراه به وهو عالم فايقاعه عن الموكل ههنا أولى لجواز تعلق الغرض بعينه وجميع ما ذكرنا في الحالتين مفروض فيما إذا اشترى بثمن في الذمة أما إذا كان الثمن بعين مال الموكل فحيث قلنا هناك لا يقع عن الموكل فههنا لا يصح أصلا وحيث قلنا يقع فكذلك ههنا وهل للوكيل الرد فيه وجهان (أصحهما) لا ويمكن أن يكون الوجهان مبنيان على المعنيين السابقين إن عللنا انفراده بالرد فانه اقامه مقام نفسه في العقد ولو احقه فكذلك ههنا وان عللنا بأنه لو أخر ربما

لزم العقد فصار المبيع كلا عليه فلا لان المشترى بملك الغير لا يقع له بحال (واعلم) أنه إذا ثبت الرد للوكيل في صورة الشراء في الذمه فلو أطلع الموكل على العيب قبل اطلاع الوكيل أو بعده ورضى سقط خيار الوكيل بخلاف الرد فأن رضى المالك بحضه فمن الربح ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل وتقصيره وإذا أخر أو صرح بألزام العقد فهل له العود إلى الرد لان أصل الحق باق بحاله وهو نائب أم لا وكأنه." (٢)

"

فضوليا لا سيما إن جعل قول أولئك له زوج فلانا قبولا منهم متقدما هم فيه فضوليون قال ويجوز أن يقال إن العاقد الآخر إن كان حاضرا اعتبر قبوله وإن كان غائبا جاز تراخي القبول عن المجلس كما قلنا في ولاية القضاء مع أن أصحابنا قد قالوا في الوكالة إنه يجوز قبولها على الفور والتراخي وفي ولاية القضاء فرقوا بين حضور المولى وغيبته وإنما الولاية نوع من جنس الوكالة.

وقال أيضا مسألة أبي طالب وكلام أبي بكر فيما إذا لم يكن الزوج حاضرا في مجلس الإيجاب وهذا أحسن أما إذا تفرقا عن مجلس الإيجاب فليس في كلام أحمد وأبي بكر ما يدل على ذلك وكذلك قال في المجرد انتهى كلامه.

وهذا موافق لما ذكره الشريف أبو جعفر فإنه قال إذا قال الولي اشهدوا أني قد زوجت ابنتي من فلان فبلغ ذلك فلانا لم يصح وبه قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف يصح وعن أحمد مثله.

دليلنا أن القبول وجد في غير مجلس الإيجاب فلا يصح كما لو كان في مجلس فلم يقبل حتى تفرقا.

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين ابن قدامة المقدسي ١٠/٩٥

(٢) فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير للرافعي الرافعي، عبد الكريم ١١/٤٠

ووجه الشيخ زين الدين بن المنجا في شرحه رواية عدم بطلان الإيجاب إذا تفرقا عن مجلس العقد بأنه قد وجه منه القبول أشبه ما لو وجد في المجلس.

وذكر القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في تتمة رواية أبي طالب المذكورة فقال قد قبلت صح إذا حضره شاهدان. قال الشيخ تقي الدين وهو يقتضي أن إجازة **العقد الموقوف** إذا قلنا بانعقاده يفتقر إلى شاهدين كأصله وهو مستقيم حسن لأن العقد إنما يتم بهما بخلاف الإذن للولي فإنه شرط العقد لإتمام العقد والشهادة معتبرة في نفس النكاح لا في شروطه.." (١)

"* (فصل) * قال الشيخ رحمه الله (وإذا تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء وحكماه بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما وبهذا قال أبو حنيفة وللشافعي قولان (أحدهما) لا يلزمه حكمه إلا بتراضيهما لأن حكمه إنما يلزم بالرضى به فلا يكون الرضى إلا بعد المعرفة بحكمه.

ولنا ما روى أبو شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له " أن الله هو الحكم فلم تكنى أبا الحكم؟ " قال إن قومي إذا اختلفوا في شئ أتوني فحكمت بينهم فرضي علي الفريقان " قال ما أحسن هذا فمن أكبر ولدك؟ " قال شريح قال " فأنت أبو شريح " أخرجه النسائي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون " ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم، ولأن عمر وأبيا تحاكما إلى زيد وحاكم عمر أعرابيا إلى شريح قبل أن يوليه القضاء وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم ولم يكونوا قضاة فإن قيل فعمر وعثمان كانا إمامين فإذا ردا الحكم إلى رجل صار قاضيا؟ قلنا لم ينقل عنهما إلا الرضا بتحكيمه خاصة وبهذا لا يعتبر قاضيا وما ذكروه يبطل بما إذا رضي بتصرف وكيله

فإنه يلزمه قبل المعرفة به إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض فيه حكم من له ولاية، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة للحاكم نقضه إذا خالف رأيه، لأن هذا عقد في حق الحاكم فملك فسخه **كالعقد الموقوف** في حقه.

ولنا أن هذا حكم صحيح لازم فلم يجز فسخه لمخالفة رأيه كحكم من له ولاية وما ذكروه لا يصح فإن حكمه لازم للخصمين فكيف يكون موقوفا؟ ولو كان كذلك لملك فسخه وإن لم يخالف رأيه ولا نسلم الوقوف في العقود إذا ثبت هذا فإن لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه." (٢)

"فصل [خيار العيب] مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع، وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب، وإذا اطلع المشتري على عيب فإن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن، وإن شاء رده،

ـــــــــــــــــــــــــــــــ ترجع الحقوق إليه، فإن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، والصبي والمجنون ليسا من أهل الوكالة ولا المباشرة؛ وللفضولي الفسخ قبل الإجازة لئلا ترجع الحقوق إليه، وليس له ذلك في النكاح، لأن الحقوق لا ترجع فيه إليه لما عرف أنه سفير فيه، ولا بد من وجود المبيع والمتبايعين عند الإجازة، إذ لا بقاء للعقد بدونهم.

---

(١) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل مجد الدين بن تيمية ٢٥٩/١

(٢) الشرح الكبير على متن المقنع المقدسي، عبد الرحمن ٣٩٢/١١

والإجازة: إنفاذ **العقد الموقوف**، ولو كان العقد مقايضة يشترط بقاء العوضين والمتعاقدين لما بينا.

[فصل خيار العيب وأحكامه]

فصل (مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع) لأن الأصل هو السلامة، وهو وصف مطلوب مرغوب عادة، والمطلوب عرفا كالمشروط نصا.

قال: (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لأن الضرر بنقصان المالية وهم يعرفون ذلك، وهذا يغني عن ذكر العيوب وتعدادها، وإذا علم المشتري بالعيب عند الشراء أو عند القبض وسكت فقد رضي به.

قال: (وإذا اطلع المشتري على عيب فإن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن وإن شاء رده) لأنه لم يرض به، وليس له أخذه وأخذ النقصان إلا برضى البائع، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد، وكذلك لو كان المبيع مكيلا أو موزونا، فوجد ببعضه عيبا ليس له أن يمسك الجيد ويرد المعيب، والأصل في هذا أن المشتري لا يملك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام لما بينا ويملك بعده، وخيار الشرط والرؤية وعدم القبض يمنع تمام الصفقة، وبالقبض تتم الصفقة، والمراد قبض الجميع حتى لو قبض أحدهما ثم وجد بأحدهما عيبا إما أن يردهما أو يمسكهما؛ والمكيل والموزون كالشيء الواحد، ولا يملك رد البعض دون البعض لا قبل القبض ولا بعده، لأن تمييز المعيب زيادة في العيب، فكأنه عيب حادث حتى قيل لو كان في وعاءين له رد المعيب منهما بعد القبض لأنه لا ضرر، وكذا لو اشترى زوجي خف أو مصراعي باب فوجد بأحدهما عيبا قبل القبض أو بعده يردهما أو يمسكهما، وكذا كل ما في تفريقه ضرر، وما لا ضرر في تفريقه كالعبدين والثوبين إذا وجد بأحدهما عيبا إن كان قبل القبض ليس له رد أحدهما لأنه تفريق الصفقة قبل تمامها، وإن كان بعد القبض يجوز لأنه لا ضرر في تفريقها، لأن الصفقة قد تمت بالقبض، فجاز." (١)

"النظر الثاني فيما يقترن بالعقد من وكالة وكفالة ونحوهما وفي الكتاب إذا وكلته فأسلم لولده أو لغيره (صح في كل أحد بغير محاباة إلا في نفسه أو شريكه المفاوض له لأنه كنفسه) أو من يلي عليه من ولدن أو يتيم أو سفيه ونحوه لأن مقصود الوكيل توفير النظر للموكل وهو متعذر في هذه الصور فالوكيل معزول عنها فلا ينعقد التصرف مع العزل وقاله (ش) و (ح) قال سند ويختلف فيه كالمرأة تقول لوليها زوجني ممن شئت ومنع أبو عمران عبده ومدبره وأم ولده وأجازه في الكتاب إذا انتفت الحاباة فإن باعها من نفسه ثم با ع فربح قال ابن حبيب الربح للأول إلا أن تكون القيمة أكثر وإن أعطيناه حكم البيع الفاسد نفذ البيع الثاني

فرع في الكتاب إذا وكلته ليسلم دراهم في طعام فأسلمها في بساط أو زاد في الثمن غير المعتاد لا تجيز فعله لصيرورة الدراهم دينا عليه بالتعدي فيفسخا في السلم فسخ دين في دين وبيع منه الطعام الذي وجب له قبل قبضه وإذا لم يدفع له دراهم صحت الإجارة وامتنع تأخيره إياك بالثمن لأنه بيع للمبيع الذي هو دين به بدين عليك قال سند إن علم بالعقد فلم ينكره فهو رضا به أو علم بعد بالعقد قبل تسليم الثمن خير في الإمضاء فإن امتنع ولم يبين الوكيل للبائع أنه متعد كان **عقدا**

(١) الاختيار لتعليل المختار ابن مودود الموصلي ٢/١٨

موقوفا يجوز في مدة يجوز تأخير النقد فيها فإن لم يبين ولم ينقد خير الآمر لعدم التعدي على الثمن فإن تعدى فيه وشهدت البينة بعينه خير بين أخذه وبقي البساط للمأمور ويبين تركه وتغريمه للوكيل لا." (١)

"الزوج: ما نكحتك قط، ففي حرمة النكاح لها وجهان، حتى يجوز لها- في وجه- أن تنكح].

قال: ويكره له نكاح المرتابة بالحمل، أي: التي اعتدت بالأقراء أو الأشهر، ثم رأت أمارات الحمل، مثل: ارتفاع البطن، أو حركته مع وجود الدم، وشككنا هل هو حمل أم لا؟ وكانت الريبة حاصلة بعد الحكم بانقضاء العدة ظاهرا؛ لأنه لا يؤمن أن يكون حملا؛ فيكون النكاح باطلا.

قال: فإن نكحها فقد قيل: يصح، وهو قول الإصطخري وأبي إسحاق، والصحيح في "المهذب"؛ لأنا حكمنا بانقضاء العدة فلا ننقضه بالشك؛ كما لو حصلت الريبة بعد النكاح، فعلى هذا: لو أتت بولد لدون ستة أشهر من حين العقد، تبين بطلان النكاح، وقيل: لا يصح وهو قول ابن سريج؛ لأنها لا تدري أعدتها بالأقراء أو الأشهر، وقد حلت بمضيهما، أو بوضع الحمل ولم تحل بعد؛ فلا تنكح إلا بيقين، كما لو كان ذلك في أثناء العدة.

ومن الأصحاب من نقل في المسألة قولين، فاختلف الصائرون إلى ذلك:

فمنهم من قال: هما مبنيان على القولين في وقف العقود، فإن قلنا: لا توقف، فالنكاح باطل، وإلا [كان] **العقد موقوفا**.

قال الشيخ أبو علي: وهذا فاسد؛ لأن العقود لا توقف على الجديد، والقول بالوقف هنا منقول عن الجديد.

ومنهم من بناهما على الخلاف فيما إذا با ع مال أبيه على ظن حياته، فبان موته، أو على القولين فيمن شك في عدد الركعات بعد الفراغ من الصلاة: هل يؤمر بالتدارك؟ ويحكي هذا عن القفال.

قال الفوراني: فعلى هذا: لا فرق بين أن يرتاب بعد الأقراء أو في خلالها.

فيحصل في المسألة ثلاثة طرق: القطع بالجواز، القطع بالمنع، طرد قولين.

قال: ويحرم على الحر أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة؛ لما روى عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما- أن غيلان أسلم على عشر نسوة، فقال له." (٢)

"أي لو زوج ولده الصغير غير كفء بأن زوج ابنه أمة أو زوج بنته عبدا أو زوجه بغبن فاحش بأن زوج البنت ونقص من مهرها أو زوج ابنه وزاد على مهر امرأته جاز، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا لا يجوز أن يزوجهما غير كفء ولا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه، ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما

وقال بعضهم: يجوز العقد ويبطل الحط والزيادة؛ لأن فساد التسمية لا يوجب بطلان النكاح كما إذا لم يسم شيئا أو سمى ما ليس بمال كالخمر والخنزير، والأصح عندهما أنه لا يجوز كما إذا زوجها بغير كفء عندهما ووجهه أن الولاية مقيدة بالنظر فعند فواته يبطل العقد، وهذا لأن الحط عن مهر المثل والزيادة عليه ليس من النظر كما في البيع ولهذا لا يجوز ذلك لغيرهما من الأولياء كما في البيع ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على ذلك

---

(١) الذخيرة للقرافي القرافي ٥/٢٦٤

(٢) كفاية النبيه في شرح التنبيه ابن الرفعة ١٣/١٣٥

بخلاف البيع فإن المقصود فيه المالية فإذا فاتت فات النظر وبخلاف غيرهما من الأولياء؛ لأن دليل النظر لم يوجد فيه وهو قرب القرابة ووفور الشفقة

واستدل في الغاية على ذلك أنه – عليه الصلاة والسلام – «زوج فاطمة على أربعمائة درهم وهي أفضل النساء» وزوج أبو بكر عائشة على خمسمائة درهم، ومعلوم أن ذلك لم يكن مهر مثلهما، ألا ترى أن ابن عمر – رضي الله عنهما – تزوج صفية على عشرة آلاف درهم وكان يزوج بناته على عشرة آلاف وتزوج عمر أم كلثوم بنت علي من فاطمة على أربعين ألف درهم، وهذا الاستدلال لا يصح؛ لأن فاطمة كانت كبيرة ولهذا استأذنها – عليه الصلاة والسلام –، وكلامنا في الصغيرة واستدلاله بأمها وعمر وابنه فاسد؛ لأنه يحتمل أنهما زادا على مهر المثل إذ لا يجب الاقتصار على مهر المثل بل يجوز ذلك برضا الزوج عند عدم رضاها بمهر المثل ويجوز أن يكون ذلك مهر مثل كل واحدة منهن؛ لأنه يختلف باختلاف الزمان ولا يدل ذلك على الفضيلة بل هو الظاهر؛ لأن المال كان قليلا في زمن النبي – صلى الله عليه وسلم – ثم اتسع المسلمون بعد ذلك لما حصل لهم من فتوح البلاد ولهذا روي عن كثير منهم مثل ذلك مع علمهم بمهور بنات النبي – صلى الله عليه وسلم – وأزواجه حتى روي عن الحسن بن علي أنه تزوج امرأة فساق إليها مائة جارية قيمة كل واحدة منهن ألف درهم، وتزوج ابن عباس شميله على عشرة آلاف درهم وتزوج أنس امرأة على عشرة آلاف درهم ومعلوم أن عادتهم لم تجر بذلك والله أعلم.

ـــــــQمع كمال الرأي ظاهر بخلاف غير الأب والجد من العصبات والأم لقصور الشفقة في العصبات ونقصان الرأي في الأم وهو معنى قوله والدليل عدمناه في حق غيرهما فلا يصح عقدهم كذلك وعلى هذا يبنى الفرع المعروف لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت فأجازت لا يصح؛ لأنه لم يكن **عقدا موقوفا** إذ لا مجيز له فإن العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفء، وكذا لو كان الأب معروفا بسوء الاختيار أو المجانة والفسق كان العقد باطلا عند أبي حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح اهـ. قال قاضي خان – رحمه الله – في فتاويه ما نصه: غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة من رجل كان جده معتق قوم أو لم يكن مسلما في الأصل وإنما صار مسلما وللصغيرة آباء أحرار مسلمون، ثم أدركت الصغيرة فأجازت النكاح لم يجز؛ لأن هذا نكاح لم يكن له مجيز حال وقوعه فلم يتوقف فلا يلحقه الإجازة، وكذا لو انعدمت الكفاءة بسبب آخر لا ينعقد نكاح غير الأب والجد اهـ. وقال التمرتاشي في شرح الجامع الصغير وأجمعوا أن غير الأب والجد لو زوج الصغيرة من غير الكفء لا يجوز حتى لو بلغت وأجازت لم ينفذ اهـ. وقال قاضي خان في شرح الجامع رجل زوج ابنته الصغيرة بعشرة ومهر مثلها عشرة آلاف أو زوج ابنه الصغير امرأة بعشرة آلاف ومهر مثلها عشرة دراهم فهو جائز، وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز النكاح على واحد منهما إلا أن يكون الحط والزيادة بقدر ما يتغابن الناس في مثله ذكرها هنا أن النكاح باطل في قول أبي يوسف ومحمد، وذكر هذه المسألة في كتاب النكاح ولا يجوز الزيادة والنقصان؛ لأن فساد التسمية لا يمنع صحة النكاح كما لو تزوج امرأة بخمر أو خنزير والصحيح أنه لا يجوز النكاح عندهما لهما أن ولاية الآباء مقيدة بشرط النظر ولا نظر في هذا العقد، وعند ترك النظر كان الأب بمنزلة الأجانب فكما لا يصح من الأجانب لا يصح من الآباء ولهذا لو تصرف في المال بغبن فاحش لا يصح تصرفه وله أن الأب والجد لكمال رأيه ووفور شفقته لا يتحمل

الزيادة والنقصان الفاحش إلا لمصلحة مطلوبة لا يمكنه تحصيلها إلا به فيعد ذلك نظرا ولا يعد ضررا حتى لو عرف الأب بالمجانة وسوء الاختيار لا يصح عقده بخلاف غير الأب والجد؛ لأن شفقته قاصرة فيبطل عقده لأجل الضرر الظاهر وبخلاف التصرف في المال؛ لأن المقصود ثمة هو المال فإذا فات المقصود يعد ضررا ولا يعد نظرا فيبطل عقده وعلى هذا الخلاف إذا زوج ابنته الصغيرة عبدا أو زوج ابنه الصغير أمة عند أبي حنيفة يجوز، وعندهما لا يجوز ووجه المذهبين ما قلنا اهـ. (قوله: وزاد على مهر امرأته جاز) أي ويثبت المال كله في ذمة الصغير في الثانية لا في ذمة الأب سواء كان الأب موسرا أو معسرا فيقبضه من مال الصغيرة اهـ. فتح (قوله: ويبطل الحط والزيادة) أي ويجب مهر المثل اهـ. غاية، وقد روى الحسن عن أبي يوسف أن النكاح جائز والتسمية لا تجوز، وذكر هشام عن محمد أن النكاح جائز اهـ. طرسوسي وغاية (قوله: واستدل في الغاية إلخ) وعزاه فيها لشرح الإرشاد. اهـ. (قوله: زوج فاطمة على أربعمائة درهم) أي وهي ثمن درعه اهـ. غاية وكتب ما نصه رواه البيهقي اهـ. غاية (قوله: وهي أفضل النساء) الذي بخط الشارح أفضل الناس." (١)

"وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعا للحوق الضرر عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح؛ لأنه معبر محض فلا ترجع الحقوق إليه وكذا لا يشترط في النكاح بقاء العاقد الفضولي عند الإجازة حتى لو أجازه بعدما هلك العاقد جاز وهذا الذي ذكرنا من أن الثمن يكون للمالك فيما إذا كان دينا وإن كان عرضا معينا كان الثمن العرض للفضولي ملكا له وإجازة المالك إجازة نقد لا إجازة عقد؛ لأنه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر إن وجد نفاذا فيكون مالكا له وبإجازة المالك لا ينتقل إليه بل تأثير إجازته في النقد لا في العقد، ثم يجب على الفضولي مثل المبيع إن كان مثليا وإلا فقيمته؛ لأنه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جائز ضمنا وإن لم يجز قصدا ألا ترى أن الرجل لو تزوج امرأة على عبد الغير صح وتجب قيمته عليه؛ لأن النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن ضرورته يصير قرضا فكذا هنا واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع؛ لأنه يوافق الأصل لنفاذ تصرف العاقل عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الأصل ولا يقال لو كان شراء لما ملكه.

ــــــــQقوله وللفضولي أن يفسخ) قال الكمال وللفضولي أي في البيع أن يفسخ إجازة المالك حتى لو أجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه اهـ وقوله وللفضولي أن يفسخ إلخ وكذا للمشتري منه أن يفسخ قبل الإجازة. اهـ. مبسوط بمعناه. اهـ. (قوله بخلاف الفضولي في النكاح) قال الكمال – رحمه الله – بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل؛ لأنه معبر محض أي كناقل عبارة فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق أن يجيز وكذا بالفعل كأن زوج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجه أختها توقف العقد الثاني أيضا بخلاف ما لو وكله بعد عقده فضولا أن يزوجه امرأة فزوجه أختها فإن العقد الأول يبطل لطروء البات على الموقوف اهـ.

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢/١٣١

وقال الأتقاني وفي باب النكاح: لو أن فضوليا خطب امرأة لرجل بغير أمره فزوجت المرأة نفسها من ذلك الرجل فإن النكاح موقوف على إجازته فإن فسخ هذا الفضولي النكاح قبل الإجازة ففسخه باطل؛ لأن حقوق العقد لا تنصرف إليه وهو فيه معبر فإذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبي ولو فسخت المرأة النكاح قبل الإجازة انفسخ. اهـ. (قوله وإجازة المالك إلخ) أي الإجازة من المالك فيما إذا كان الثمن عرضا إجازة نقد أي إجازة أن ينقد الفضولي ثمن العرض من مال المالك لا إجازة عقد موقوف؛ لأن العقد لازم على الفضولي نافذ عليه لكونه شراء فلا يحتاج إلى إجازة العقد قاله الأتقاني وقال الكمال: فإن كان أي الثمن عينا بأن با ع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقابضة اشترط قيام الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض وإذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشتريا للعرض من وجه والشراء لا يتوقف إلا إذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي تفيده الإجازة أنه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال: اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضا عليك فإن كان مثليا فعليه مثله.

وإن كان قيميا كثوب أو جارية يصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض وإن لم يجز في القيميات، لكن ذلك إذا كان قصدا وهنا إنما يثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فتراعى فيه شرائط صحة المقتضي وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه إذا أداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى رجع بقيمته إن كان ثوبا؛ لأن الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل تبعا له فكذا ههنا إذ لا صحة لشراء العبد إلا بقرض الجارية والشراء مشروع فما في ضمنه يكون مشروعا هذا وإنما ينفذ الشراء على المشتري إذا لم يضفه إلى آخر ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فأما إن كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فإنه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيئا بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجازه الذي اشتراه له أو لم يجزه أما إذا أضافه إلى آخر بأن قال للبائع: بع عبدك من فلان بكذا فقال: بعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فإنه يتوقف اهـ.

(قوله واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع إلخ) قال الأتقاني والجواب عن قياسهم على الشراء فنقول فيه تفصيل ذكره أصحابنا فإن قال الفضولي: بع هذا العين لفلان فقال المالك: بعت وقال الفضولي: اشتريت لأجله أو قال المالك ابتداء: بعت هذا العين لفلان وقال الفضولي: قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما إذا قال اشتريت منك هذا العين لأجل فلان فقال المالك: بعت أو قال المالك: بعت منك هذا العين لأجل فلان فقال: اشتريت فلا يتوقف على إجازة فلان؛ لأنه وجد نفاذا على المشتري؛ لأنه أضيف إليه ظاهرا ولا حاجة بنا إلى إيقافه على رضا الغير وقوله لأجل فلان محتمل لأجل رضاه وشفاعته وغير ذلك فلا يتوقف على غيره بخلاف البيع؛ لأنه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق البائع فاحتيج إلى إيقافه على رضا الغير اهـ قال الكمال: وأما القياس على الفضولي ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي وطريقة الخلاف وهو أن الفضولي لو قال: بع هذا العين لفلان إلى آخر ما ذكره الأتقاني اهـ وقوله واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع إلخ جواب.." (١)

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٤/١٠٥

"وهو التراضي وفوات الشرط تأثيره في فساد العقد كالمساواة في الأموال الربوية فإنها شرط فيها لجواز البيع وفواتها يوجب الفساد لا التوقف بخلاف البيع بشرط الخيار فإن شرط الخيار يجعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط أو نقول لما وجد أصل البيع في محله لم ينعدم ذلك بالإكراه فكان ينبغي أن ينفذ كالطلاق إلا أن الشرع شرط للحل شرطا زائدا وهو التراضي ونهانا عن التجارة بدونه فكان النهي بهذا المعنى في غير ما يتم به المنهي عنه فلا يصير به البيع غير مشروع كما نهانا عن بيع الحنطة بالحنطة إلا بشرط المماثلة وأنه قدر زائد على ما يتم به البيع فكان النهي بهذا المعنى في حق غير المنهي عنه فلم يصر المنهي عنه غير مشروع بل وقع فاسدا لعدم شرط الجواز الزائد شرعا فكذا هنا فلم يبق الفرق بين هذا النهي وبين النهي عن بيع الربا إلا أن ما تتعلق به الحرمة هناك اتصل بالمبيع وصفا، وفي مسألتنا اتصل بالعاقد وهكذا في البيوع الفاسدة كلها يتعلق النهي بالوصف فيكون مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض.

فكذا هذا حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالإعتاق والتدبير جاز تصرفه فيه وإنما جاز بالإجازة؛ لأن المفسد يرتفع بها وهو عدم التراضي فصار كسائر البياعات الفاسدة إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد المبيع وإن تداولته الأيدي بخلاف سائر البياعات الفاسدة؛ لأن الفساد فيها لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته بإذنه أما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني، ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره منهم الإمام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر السعيد تاج الإسلام وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بدين لك علي على أني متى قضيت الدين فهو لي فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين يفيد الملك عند اتصال القبض به وينقض بيع المشتري كبيع المكره؛ لأن الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره في جميع ما ذكرنا.

ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الإمام أبو شجاع والإمام علي السغدي والإمام القاضي الحسن الماتريدي قالوا لما شرط عليه أخذه عند قضاء الدين أتى بمعنى الرهن؛ لأنه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة وبالعكس كفالة، والاستصناع عند ضرب الأجل سلما، فإذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به وأي شيء أكل من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين، ولو استأجره البائع لا يلزمه أجرته كالرهن إذا استأجر المرهون وانتفع به ويسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جائزا مفيدا بعض أحكامه منهم الإمام نجم الدين النسفي فقال اتفق

ـــــــــــQإلى الحصاد والدياس على مذهبكم وهنا في أي وقت أجازه المكره يعود جائزا على مذهبكم فصار كبيع الفضولي لا كالبيع الفاسد قلت إن بيع المكره له شبه بالبيع الموقوف وشبه بالبيع الفاسد أما الأول فلأنه لم يوجد رضا المالك وقد خلا عن الشروط الفاسدة بخلاف البيع الفاسد فإن فيه شرط ما يفسده، وأما الثاني فلأنه صدر من المالك ولكن فات رضاه بخلاف بيع الفضولي فإنه لم يوجد من المالك فإذا كان له شبهان وفرنا على الشبهين حظهما فباعتبار الشبه الأول عاد جائزا في أي وقت كان كبيع الفضولي وباعتبار الشبه الثاني أفاد الملك إذا اتصل به القبض كالبيع الفاسد ولم تعكس؛ لأنا متى

أظهرنا شبه **العقد الموقوف** في حق الملك ولم نوجب الملك بعد التسليم لا يبقى لشبه البيع الفاسد عمل في حكم ما فيبطل العمل بالشبهين. اهـ. أتقاني (قوله وهو التراضي) بقوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم اهـ.

(قوله جاز تصرفه فيه) أي وتلزمه القيمة اهـ أتقاني (قوله إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد المبيع) استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة ذكره للفرق بين الإكراه والبيع الفاسد يعني أن في صورة الإكراه للمكره حق الفسخ بجميع تصرفات المشتري وإن تداولته الأيدي إذا كان التصرف مما يحتمل الفسخ وفي صورة البيع الفاسد ليس للبائع أن ينقض تصرف المشتري إلا الإجارة فإنه ينقضها وقد مر البيان. اهـ. أتقاني (قوله وإن تداولته الأيدي) قال الأتقاني ولو أن المشتري من المكره باعه من آخر ثم باعه المشتري الثاني من آخر حتى تداولته الأيدي فله أن يفسخ العقود كلها وأي عقد أجازه جازت العقود كلها؛ لأن العقود كلها كانت نافذة إلا أنه كان له حق الفسخ لعدم الرضا فلما أقدم على إجازة بعضها نفذت وزال الإكراه فجاز العقد الأول فجازت العقود كلها وهذا بخلاف الغصب، وهو أن الغاصب إذا با ع والمشتري با ع من آخر حتى تداولت الأيدي فالمغصوب منه أي عقد أجازه جاز ذلك العقد خاصة ولو ضمن أحدهم جازت العقود التي بعده دون ما كان قبله؛ لأن العقود كلها غير نافذة فتوقفت العقود كلها على إجازته فإذا أجاز شيئا من ذلك جاز خاصة فإن لم يجز ولكن ضمن جازت العقود كلها التي كانت بعده؛ لأن في التضمين تمليكا فيستند الضمان إلى وقت الجناية فيملكه من ذلك الوقت فتجوز العقود التي كانت بعده كذا في شرح الطحاوي اهـ.

(قوله ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره) أي فكان للبائع حق نقض بيع المشتري وهبته؛ لأنه بيع بشرط فاسد اهـ غاية (فولد منهم الإمام ظهير الدين) أي المرغيناني وظهير الدين إسحاق الولوالجي اهـ غاية (قوله والصدر السعيد تاج الإسلام) أي أحمد بن عبد العزيز اهـ." (١)

"٢٨٦٨ – وعن أبي هريرة، قال: نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة. رواه مالك، والترمذي، والنسائي. [٢٨٦٨]

٢٨٦٩ – وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في صفقة واحدة. رواه في ((شرح السنة)). [٢٨٦٩]

٢٨٧٠ – وعنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)). رواه الترمذي، وأبو داود، والنسائي، وقال الترمذي: هذا حديث صحيح. [٢٨٧٠]

يكن في ملكه حالة العقد، وفي معنى بيع ما ليس عنده في الفساد بيع العبد الآبق، وبيع المبيع قبل القبض، وفي معناه بيع مال غيره بغير إذنه؛ لأنه لا يدري هل يجيز مالكه أم لا، وبيع المبيع قبل القبض، وفي معناه بيع مال غيره بغير إذنه؛ لأنه لا يدري هل يجيز مالكه أم لا، وبه قال الشافعي. وقال جماعة: يكون **العقد موقوفا** علي إجازة المالك، وهو قول مالك وأصحاب أبي حنيفة وأحمد.

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٥/١٨٣

الحديث الثامن عن أبي هريرة رضي الله عنه: قوله: ((عن بيعتين)) ((حس)) و ((مظ)): فسروا البيعتين في بيعة علي وجهين، أحدهما: أن يقول: بعتك هذا الثوب بعشرة نقدا أو بعشرين نسيئة إلي شهر، فهو فاسد عند أكثر أهل العلم؛ لأنه لا يدري أيهما الثمن حين يوجب البيع، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع. وثإنيهما: أن يقول: بعتك عبدي بعشرة علي أن تبيعني جارية بكذا، فهو فاسد؛ لأنه جعل ثمن العبد عشرة دنإنير، وشرط بيع الجارية وذلك شرط لا يلزم، وإذا لم يلزم ذلك بطل بعض الثمن، فيصير ما يبقى من المبيع في مقابلة الثاني مجهولا.

الحديث التاسع والعاشر عن عمرو: قوله: ((لا يحل سلف وبيع)) ((قض)): السلف يطلق علي السلم والقرض، والمراد به هاهنا شرط القرض علي حذف المضاف، أي لا يحل بيع مع شرط سلف، مثل أن يقول: بعتك هذا الثوب بعشرة علي أن تقرضني عشرة، نفي الحل اللازم للصحة؛ ليدل علي الفساد من طريق الملازمة، والعلة فيه وفي كل عقد تضمن شرطا لا يثبت ويتعلق به غرض ما مر في حديث السالف. وقيل: هو أ، يقرضه قرضا ويبيع منه شيئا بأكثر من قيمته، فإنه حرام لأن قرضه روج متاعه بهذا الثمن، وكل قرض جر نفعا فهو حرام.

وقوله: ((ولا شرطان في بيع)) فسر بالمعنى الذي ذكرناه أولا للبيعتين في بيعة، وقيل: معناه." [١]

"ليشتري به شاة، فاشترى له شاتين، فباع إحداهما بدينار، وأتاه بشاة ودينار، فدعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيعة بالبركة، فكان لو اشترى ترابا لربح فيه. رواه البخاري.

الفصل الثاني

٢٩٣٣ - عن أبي هريرة، رفعه، قال: ((إن الله عز وجل يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما)). رواه أبو داود، وزاد رزين: ((وجاء الشيطان)). [٢٩٣٣]

٢٩٣٤ - وعنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: ((أد الأمانة إلي من ائتمنك، ولا تخن من خانك)). رواه الترمذي، وأبو داود، والدارمي. [٢٩٣٤]

علي جواز التوكيل في المعاملات، وفي كل ما تجري فيه النيابة. واختلفوا في تأويله، وفي بيع عروة الشاة من غير إذن له في البيع، فذهب بعض أهل العلم إلي أن من با ع مال الغير دون إذنه، يكون **العقد موقوفا** علي إجازة المالك، فإن أجاز صح ويحتج بهذا الحديث. ومنهم من لم يجوزه، ويؤول الحديث علي أن وكالته كانت وكالة تفويض وإطلاق. والوكيل المطلق يملك البيع والشرى، ويكون تصرفه صادرا عن إذن المالك.

الفصل الثاني

الحديث الأول عن أبي هريرة رضي الله عنه: قوله: ((أنا ثالث الشريكين)) الشركة عبارة عن اختلاط أموال بعضهم ببعض بحيث لا تتميز، وشركة الله تعالي إياهم علي الاستعارة، وكأنه تعالي جعل البركة والفضل والربح بمنزلة المال المخلوط، فسمى ذاته تعالي ثالثا لهما، وجعل خيانة الشيطان ومحقه البركة بمنزلة المال المخلوط وجعله ثالثا لهما. وقوله: ((خرجت من بينهما))

---

(١) شرح المشكاة للطيبي الكاشف عن حقائق السنن الطيبي ٢١٥٤/٧

ترشيح للاستعارة. وفيه استحباب الشركة، وأن البركة منصبة من الله تعالي فيها بخلاف ما إذا كان منفردا؛ لأن كل واحد من الشريكين يسعى في غبطة صاحبه؛ فإن الله تعالي في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه المسلم.

الحديث الثاني والثالث عن أبي هريرة رضي الله عنه: قوله: ((ولا تخن من خانك)) ((قض)): أي لا تعامل الخائن بمعاملته، ولا تقابل خيانته بالخيانة فتكون مثله. ولا يدخل فيه أن يأخذ." (١)

"وقالت طائفة: إذا زوج الصغيرة غير الأب من الأولياء فلها الخيار إذا بلغت.

روي هذا عن عطاء والحسن وطاوس، وهو قول الأوزاعي وأبي حنيفة ومحمد، إلا أنهما جعلا الجد كالأب لا خيار في تزويجه.

وقال أبو يوسف: لا خيار لها في جميع الأولياء (١).

وقال أحمد: لا أرى للوصي ولا للقاضي أن يزوج اليتيمة حتى تبلغ تسع سنين، فإذا بلغت ورضيت فلا خيار لها (٢).

وحجة من جعل لها الخيار إذا بلغت أنه - عليه السلام - لما أمر باستئمار اليتيمة - ولا تستأمر إلا من لها ميزة ومعرفة، كان لها الخيار والاستئمار إذا بلغت.

وحجة الأول قوله: "تستأمر اليتيمة في نفسها" (٣) ولا يصلح استئمارها إلا ببلوغها، ولا يجوز أن يكون **العقد موقوفا** على استئمارها بدليل امتناع الجميع من دخول النكاح في النكاح ووقوفها إلى مدة الخيار.

وفرق مالك بين اليتيمة واليتيم، وأجاز للوصي تزويج اليتيم قبل البلوغ من قبل أن اليتيم لما كان قادرا على رفع العذر الذي يرفعه الولي إن كرهه بعد بلوغه جاز؛ لقدرته على الخروج منه، وليس كذلك؛ لأنها لا تقدر إذا بلغت على رفع العقد؛ لأن الطلاق ليس بيد

---

(١) انظر: "مختصر اختلاف العلماء" ٢/ ٢٥٧، "الإشراف" ١/ ٢٦.

(٢) "مسائل الإمام أحمد برواية الكوسج" ١/ ٣٤٢ (٨٥١) وفيها (قال أحمد: لا أرى للولي) بدلا من للوصي.

(٣) رواه أبو داود (٢٠٩٣)، والترمذي (١١٠٩)، والنسائي ٦/ ٨٧ من حديث أبي هريرة، والنسائي ٦/ ٨٤ من حديث ابن عباس.." (٢)

"والأصح: أنه يشترط أن لا يفصل بينهما، وأن لا يقدم المزارعة، وأن كثير البياض كقليله،

الحاجة، وعبارة (الشرحين) و (الروضة): التعذر، وهي أوفق لعبارة الجمهور.

قال: (والأصح: أنه يشترط أن لا يفصل بينهما) أي: بين المساقاة والمزارعة التابعة، بل يأتي بهما على الاتصال لتحصيل التبعية، فإذا قال: ساقيتك على النخل وزارعتك على الأرض بالنصف مثلا .. صح قطعا، فلو قال: ساقيتك على النخل

---

(١) شرح المشكاة للطيبي الكاشف عن حقائق السنن الطيبي ٧/٢١٨٥

(٢) التوضيح لشرح الجامع الصحيح ابن الملقن ٢٤/٢١٨

بالنصف وزارعتك على الأرض بالنصف، فقال: قبلت المساقاة وقبلت المزارعة .. صح في الأصح، ولو قال: قبلتهما .. صح على الصحيح.

أما لو قال: ساقيتك على النخل بالنصف فقبل ثم بعد ذلك قال: زارعتك على الأرض بالنصف .. لم يصح في الأصح لفوات التبعية.

والثاني: يصح لحصولهما لشخص واحد، ولو لم يأت بلفظ المساقاة والمزارعة بل قال: عاملتك عليهما بالنصف .. كفى.

وموضع الخلاف إذا بقي من مد المساقاة ما يمكن فيه الزرع، وإلا .. فيمتنع قطعا، كذا نص عليه الدارمي وغيره.

قال: (وأن لا يقدم المزارعة)؛ لأنها تابعة والتابع لا يتقدم على متبوعه.

والثاني: يكون **العقد موقوفا**، فإن ساقاه بعدها .. بانت صحتها، وإلا .. فلا، وإذا قلنا بهذا .. قال ابن الرفعة: فالأشبه اختصاصه بما قبل التفرق.

قال: (وأن كثير البياض كقليله)؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك.

والثاني: لا؛ لأن الأكثر لا يتبع الأقل، ولأن بياض خيبر كان أقل بدليل أن الشعير كان أقل من التمر، وهل النظر في الكثرة إلى النماء أو إلى مساحة الأرض؟ فيه خلاف، الأظهر عند الغزالي: الأول، وعند المصنف: الثاني.." (١)

"ولنا أن الوكيل في النكاح معبر وسفير، والتمانع في الحقوق دون التعبير، ولا ترجع الحقوق إليه بخلاف البيع؛ لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه. وإذا تولى طرفيه فقوله: زوجت يتضمن الشطرين، فلا يحتاج إلى القبول.

قال: وتزويج العبد والأمة بغير إذن مولاهما موقوف، فإن أجاز المولى جاز، وإن رده بطل، وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها، أو رجلا بغير رضاه، وهذا عندنا، فإن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز

ـــــــQضرورة في الوكيل، لأن أكثر ما في الباب أن يأمر غيره من أحد الجانبين صورة قائما مقامه، وهو الولي من الجانبين شرعا، فيملك مباشرة العقد.

م: (ولنا أن الوكيل في النكاح معبر وسفير) ش: والواحد يجوز أن يكون معبرا عن اثنين، والسفير في اللغة: المصلح بين القوم، كذا في " الديوان ".

وقال ابن دريد في "كتاب الجمهرة ": السفير بين القوم الماشي بينهم في الصلح م: (والتمانع) ش: أي النافي م: (في الحقوق) ش: وهو كونه مطالبا ومسلما ومسلما، ومخاصما ومخاصما م: (دون التعبير) ش: أي الولي يصلح أن يكون معبرا بين اثنين كما ذكرنا، فإن العبارة ينعقد إليهما، فيصير العقد بين شخصين، فلا يؤدي إلى أحكام مضادة م: (ولا ترجع الحقوق إليه) ش: أي إلى الوكيل، لأنه معبر لا مباشر م: (بخلاف البيع، لأنه) ش: أي لأن الوكيل في البيع م: (مباشر حتى رجعت الحقوق إليه) ش: أي حقوق عقد البيع من مطالبة الثمن وتسليم المبيع، والقيام بالعهدة وغيرها، كل ذلك يرجع إلى الوكيل في البيع.

م: (وإذا تولى طرفيه ش: أي إذا تولى طرفي العقد م: (فقوله: زوجت يتضمن الشطرين) ش: أي قول الوكيل: زوجت فلانة

---

(١) النجم الوهاج في شرح المنهاج الدَّمِيري ٥/٢٩٨

من فلان يقوم مقام شطري العقد، وهما الإيجاب والقبول ولا يحتاج إلى القبول؛ لأن الواحد قام مقام اثنين، قامت عبارته الواحدة أيضا مقام عبارتين م: (فلا يحتاج إلى القبول) ش:.

[تزويج العبد والأمة بغير إذن مولاهما]

م: (قال) ش: أي قال القدوري في " مختصره ": م: (وتزويج العبد والأمة بغير إذن مولاهما موقوف، فإن أجاز المولى جاز، وإن رده بطل، وكذلك) ش: أي كذلك موقوف م: (لو زوج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلا) ش: أي أو زوج رجل رجلا م: (بغير رضاه وهذا عندنا) ش: أي كون **العقد موقوفا** على الإجازة مذهب أصحابنا م: (فإن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز) ش: أي للعقد مجيز رأي قابل يقبل الإيجاب، سواء كان فضوليا آخر أو وكيلا وأصيلا حالة الوقوع كالبيع والنكاح والإجارة ونحوها، وإنما قيد بقوله: وله مجيز لأنه إذا لم يكن له مجيز كما إذا زوج الفضولي يتيمة يتوقف العقد. فإن قلت: السلطان مجيز، وكذا القاضي فينبغي أن يتوقف العقد.." (١)

"فيتقرر الفساد، وإذا وجد العتق تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز، فكان الحال قبل ذلك موقوفا.

قال: وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا، أو دارا على أن يسكنها، أو على أن يقرضه المشتري درهما، أو على أن يهدي له هدية؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولأنه – عليه الصلاة والسلام – نهى عن بيع وسلف. ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع، وقد نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن صفقتين في صفقة.

ـــــــQالحكم وهو معنى قوله م: (فيتقرر الفساد، وإذا وجد العتق تحققت الملائمة) ش: باعتبار الملائمة بالعتق م: (فيترجح جانب الجواز) ش: على جانب الفساد م: (فكان الحال قبل ذلك موقوفا) ش: أي كان حال **العقد موقوفا** قبل الإعتاق بين بقائه فاسدا أو انقلابه إلى الجواز بالإعتاق، فلما وجد الإعتاق ترجح جانب الجواز فانقلب جائزا.

<

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وكذلك) ش: يفسد م: (لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها، أو على أن يقرضه المشتري درهما، أو على أن يهدي له هدية) ش: فالبيع فاسد م: (لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولأنه – عليه الصلاة والسلام –) ش: أي لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – م: «نهى عن بيع وسلف» ش: هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة إلا ابن ماجه اختصره من حديث عبد الله بن عمر، وابن العاص – رضي الله عنهم – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك.» وقال الترمذي – رحمه الله – حديث حسن صحيح ورواه محمد بن الحسن الشيباني – رحمه الله – في كتاب " الآثار " وفسره. وقال: أما السلف والبيع فالرجل يقول للرجل أبيعك عبدي هذا بكذا أو كذا على أن تقرضني كذا وكذا، وأما الشرطان في البيع فالرجل يبيع الشيء بألف حالا ومؤجلا بألفين، وأما ربح ما لم

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/١٢٣

يضمن فالرجل يشتري الشيء فيبيعه قبل أن يقبضه بربح م: (ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجازة في بيع، ولو كان لا يقابلهما) ش: يعني شيئا من الثمن م: (يكون إعارة في بيع) ش: وكل ذلك فاسد.

م: (وقد «نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن صفقتين في صفقة» ش: هذا الحديث رواه أحمد - رحمه الله -." (١)

"لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه، وفي الصبي والمجنون نظرا لهما، فيتحرى مصلحتهما فيه، ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الإجازة، والمجنون قد يعقل البيع ويقصده، وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة. فإن قيل: التوقف عندكم في البيع، أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر. قلنا: نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي.

ـــــــــــــــالثلاثة لا ينعقد بيع هؤلاء ولا شراؤهم أصلا، وكذا الخلاف إذا توكل بالبيع والشراء غيرهم فباع واشترى يجوز عندنا خلافا لهم.

م: (لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه، وفي الصبي والمجنون نظرا لهما) ش: أي ولأن التوقف في الصبي والمجنون لأجل النظر في حالهما م: (فيتحرى مصلحتهما فيه) ش: أي فيطلب الولي مصلحة الصبي والمجنون فيما عقداه م: (ولا بد أن يعقلا البيع) ش: أي الصبي والمجنون أراد أن يعلماه م: (ليوجد ركن العقد) ش: أي التمليك، لأن بهذا العقد يزول ملكهما عن المبيع ويدخل في ملكهما الثمن.

م: (فينعقد) ش: بنصب الدال عطف على قوله ليوجد م: (موقوفا على الإجازة) ش: أي ينعقد **عقدا موقوفا** أو حال كونه موقوفا على إجازة الولي م: (والمجنون قد يعقل البيع) ش: كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لا بد في إجازة الولي لبيع الصغير والمجنون من أن يكونا يعقلان البيع، والمجنون لا يعقل شيئا، فأجاب والمجنون قد يعقل البيع.

م: (ويقصده) ش: أي يقصد حكمه، وذلك أن المراد من المجنون هذا المعتق، وهذا الذي يختلط في كلامه فتارة يتكلم بكلام العقلاء وتارة بكلام المجانين، وأشار إلى ذلك بقوله: م: (وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسد، وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة) ش: عند قوله: ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف إلى آخره.

م: (فإن قيل: التوقف عندكم في البيع، أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر) ش: تحرير السؤال أن الأصل في الشراء النفاذ على المباشر، يعني من غير توقف على ما مر في بيع الفضولي، فكيف ينعقد هاهنا موقوفا على الإجازة؟

وأجاب عنه بقوله: م: (قلنا: نعم) ش: يعني نعم أن الأصل في الشراء النفاذ على المباشر بلا توقف لكن م: (إذا وجد نفاذا عليه) ش: أي إذا وجد الشراء نفاذا على المباشر م: (كما في شراء الفضولي) ش: يعني إذا أطلق الشراء، أما إذا أضاف إلى غيره فيتوقف بالإجماع.." (٢)

"ولهذا لا يملك ذلك غيرهما. ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة، وفي النكاح مقاصد تربو على المهر. أما المالية فهي المقصود في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٨/١٨٥

(٢) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/٧٧

(ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز) قال – رضي الله عنه – (وهذا عند أبي حنيفة أيضا) ؛ لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز.

ـــــــQأنه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفا به فلا يلزم بطلانه عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كون الأب العاقد معروفا بمثله (قوله ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما) أي قولهما لا يجوز هل معناه نفي صحة العقد أو نفي صحة التسمية والعقد صحيح فيزاد إلى مهر المثل، قيل بالأول وقيل بالثاني، واختار المصنف الأول؛ لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهرا بإيجاب المال عوض نفسها ناقصا أو إبطاله بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور بالعقد بشرط لا يصح عقده إذا لم يجر على شرطه؛ ولذا لا يملك البيع والشراء بغبن فاحش في مالهما، فإيجاب المال عوض نفسها ناقصا أولى بعدم النفاذ، وإذا كان بحيث لو زوج أمتها بغبن فاحش لا يجوز فتزويجها كذلك أولى بعدم الجواز، ولأبي حنيفة أن النظر وعدمه في هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار أمر باطن، فالضرر كل الضرر بسوء العشرة وإدخال كل منهما المكروه على الآخر، والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد، وأمر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا، فإذا كان باطنا يعتبر دليله فيعلق الحكم عليه.

ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية إلى وفور الشفقة مع كمال الرأي ظاهرا، بخلاف غير الأب والجد من العصبات والأم لقصور الشفقة في العصبات ونقصان الرأي في الأم، وهذا معنى قوله والدليل عدمناه في حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك، وعلى هذا انبنى الفرع المعروف: لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لا يصح؛ لأنه لم يكن **عقدا موقوفا**." (١)

"وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يده بمنزلة الوكيل، لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعا للحقوق عن نفسه، بخلاف الفضولي في النكاح لأنه معبر محض، هذا إذا كان الثمن دينا، فإن كان عرضا معينا إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقيا أيضا. ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي، وعليه مثل المبيع إن كان مثليا أو قيمته إن لم يكن مثليا، لأنه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الإجازة.

ـــــــQإلا حيا والمالك لأن الإجازة تكون منه لا من وارثه.

(وإذا أجاز المالك صار) المبيع ملكا للمشتري (والثمن مملوكا له أمانة في يده) أي في يد الفضولي، فلو هلك لا يضمنه (كالوكيل فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث إنه بها صار تصرفه نافذا وإن لم يكن من كل وجه فإن المشتري من المشتري إذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل، بخلاف الوكيل، وهذا بسبب أن الملك البات إذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف، ولهذا لو تزوجت أمة وطئها مولاها بغير إذنه فمات قبل الإجازة توقف

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣/٣٠٤

النكاح إلى إجازة الوارث لأنه لم يطرأ ملك بات للوارث في البضع ليبطل، وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد، بخلاف نحو ابن العم (وللفضولي) أي في البيع (أن يفسخ قبل إجازة المالك) حتى لو أجازه لا ينفذ لزوال **العقد الموقوف**، وإنما كان له ذلك (ليدفع الحقوق عن نفسه) فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه (بخلاف الفضولي في النكاح) ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل (لأنه معبر محض) أي كناقل عبارة، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق.

وقد ثبت للمالك والولي حق أن يجيز، وكذا بالفعل كأن زوج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجه أختها توقف العقد الثاني أيضا، بخلاف ما لو وكله بعد عقده فضولا أن يزوجه امرأة فزوجه أختها فإن العقد الأول يبطل لطروء البات على الموقوف (هذا) الذي ذكرناه فيما (إذا كان الثمن دينا، فإن كان عينا) بأن با ع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض.

وإذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشتريا بالعرض من وجه، والشراء لا يتوقف إذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض، والذي تفيده الإجازة أنه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضا عليك، فإن كان مثليا فعليه مثله، وإن كان قيميا كثوب أو جارية فقيمته، فيصير مستقرضا للجارية أو الثوب، والقرض وإن لم يجز في القيميات لكن ذلك إذا كان." (١)

"فضوليا لا سيما إن جعل قول أولئك له زوج فلانا قبولا منهم متقدما هم فيه فضوليون قال ويجوز أن يقال إن العاقد الآخر إن كان حاضرا اعتبر قبوله وإن كان غائبا جاز تراخي القبول عن المجلس كما قلنا في ولاية القضاء مع أن أصحابنا قد قالوا في الوكالة إنه يجوز قبولها على الفور والتراخي وفي ولاية القضاء فرقوا بين حضور المولى وغيبته وإنما الولاية نوع من جنس الوكالة

وقال أيضا مسألة أبي طالب وكلام أبي بكر فيما إذا لم يكن الزوج حاضرا في مجلس الإيجاب وهذا أحسن أما إذا تفرقا عن مجلس الإيجاب فليس في كلام أحمد وأبي بكر ما يدل على ذلك وكذلك قال في المجرد انتهى كلامه

وهذا موافق لما ذكره الشريف أبو جعفر فإنه قال إذا قال الولي اشهدوا أني قد زوجت ابنتي من فلان فبلغ ذلك فلانا لم يصح وبه قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف يصح وعن أحمد مثله

دليلنا أن القبول وجد في غير مجلس الإيجاب فلا يصح كما لو كان في مجلس فلم يقبل حتى تفرقا

ووجه الشيخ زين الدين بن المنجا في شرحه رواية عدم بطلان الإيجاب إذا تفرقا عن مجلس العقد بأنه قد وجه منه القبول أشبه ما لو وجد في المجلس

وذكر القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في تتمة رواية أبي طالب المذكورة فقال قد قبلت صح إذا حضره شاهدان

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٥٥/٧

قال الشيخ تقي الدين وهو يقتضي أن إجازة **العقد الموقوف** إذا قلنا بانعقاده يفتقر إلى شاهدين كأصله وهو مستقيم حسن لأن العقد إنما يتم بهما بخلاف الإذن للولي فإنه شرط العقد لإتمام العقد والشهادة معتبرة في نفس النكاح لا في شروطه." (١)

"قوله (وإن اتجر بالدراهم فالربح لمالكها) . يعني إذا اتجر بعين المال، أو بثمن الأعيان المغصوبة: فالمال وربحه لمالكها. وهذا الصحيح من المذهب. ونص عليه. ونقله الجماعة. وعليه الأصحاب قال المصنف، والشارح، قال أصحابنا: الربح للمالك، والسلع المشتراة له. وجزم به في الوجيز. وغيره وقدمه في الفروع، وغيره. وهو من مفردات المذهب واحتج الإمام أحمد بخبر عروة بن الجعد – رضي الله عنه –. ونقل حرب في خبر عروة: إنما جاز، لأنه عليه أفضل الصلاة والسلام جوزه له وقيد جماعة منهم: صاحب الفنون، والترغيب: الربح للمالك إن صح الشراء. وأطلق الأكثر. وقال الحارثي: ويتخرج من القول ببطلان التصرف: رواية بعدم الملك للربح. وهو الأقوى. انتهى. وعنه: يتصدق به. وقيل: لا يصح بعينه. إن قلنا: النقود تتعين بالتعيين. قوله (وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك) . يعني: الربح للمالك أيضا. واعلم أنه إذا اشترى في الذمة، أو باع سلما، ثم أقبض المغصوب وربح: فالعقد صحيح. على المذهب. والإقباض فاسد. بمعنى أنه غير مبرئ. وصحة العقد نص عليها في رواية المروذي. وحكى القاضي في التعليق الكبير وجها: يكون **العقد موقوفا** على إجازة المالك. إن أجازه صح، وإلا بطل. قال: وهو أصح ما يقال في المسألة. قال الحارثي: وهو مأخوذ من مثله في مسألة الفضولي. قال: وهو مشكل. إذ كيف يقف تصرف الإنسان لنفسه على إجازة غيره. انتهى.." (٢)

"لو باع المولى عبده المديون، وقبضه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصما للغريم إذا أنكر المشتري الدين؛ لأن الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري، فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عنه.

(اشترى عبد وباع ساكتا عن إذنه وحجره فهو مأذون) يعني أن عبدا إذا قدم مصرا فباع واشترى فالمسألة على وجهين: أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو لا، والقياس أن لا يصدق لأنه مجرد دعوى منه، ولا يصدق إلا بحجة لقوله – صلى الله عليه وسلم – «البينة على المدعي» . وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك، وإجماع المسلمين حجة يخص بها الأثر ويترك القياس فيه والنظر.

وثانيهما أن يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء والقياس فيه أيضا أن لا يثبت الإذن؛ لأن السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لأن الظاهر أنه مأذون؛ لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن، ولا يثبت الجواز إلا بالإذن فوجب أن يحمل عليه

، والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس

(ولا يباع لدينه إلا إذا أقر مولاه بإذنه) ؛ لأن الإذن بالتجارة رضا ببيع رقبة المأذون بالدين (أو أثبته) أي الإذن (الغريم) يعني إن قال المولى هو محجور، فالقول له لتمسكه بالأصل فلا يباع إلا إذا أثبت الغريم إذنه فحينئذ يباع.

---

(١) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر ابن مفلح، برهان الدين ١/٢٥٩

(٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي المرداوي ٦/٢٠٨

. (و) النوع الثاني (إذن الصبي والمعتوه) العته اختلال في العقل بحيث يختلط كلامه فيشتبه تارة بكلام العقلاء والأخرى بكلام المجانين، وحكمه حكم الصبي مع العقل (وهو فك الحجر وإثبات الولاية لهما، وتصرفهما إن نفع كالإسلام والاتهاب صح بدونه) أي بدون الإذن، (وإن ضر كالطلاق والعتاق لا وإن) وصلية (إذنا به وما نفع) تارة (وضر) أخرى (كالبيع والشراء صح به) أي بالإذن؛ لأن الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث إنه عاقل مميز، ويشبه طفلا لا عقل له من حيث إنه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية، فألحق بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار المحض وفي الدائر بينهما بالطفل عند عدم الإذن، وبالبالغ عند الإذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الإذن، ولكن قبل الإذن يكون **منعقدا موقوفا** على إجازة المولى؛ لأن فيه منفعة لصيرورته مهتديا إلى وجوه التجارات حتى ولو بلغ فأجازه نفذ عندنا خلافا لزفر؛ لأنه توقف على إجازة وليه، وقد صار وليا بنفسه (وشرط لصحته) أي الإذن (أن يعقلا البيع سالبا للملك) عن البائع (والشراء جالبا له) أي للملك إلى المشتري (الولي الأب ثم وصيه ثم الجد) أبو الأب (ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه) دون الأم أو وصيها، وقد سبق الإشارة إليه في كتاب النكاح في باب الولي (ولو أقرا) أي الصبي والمعتوه (لإنسان بما معهما من الكسب والإرث) يعني أقرا أن ما ورثاه من أبيهما لفلان (صح) في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة أنه لا يصح فيما ورثه؛ لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته إلى ذلك في التجارات ولا حاجة في الموروث، وجه الظاهر أنه بانضمام رأي الولي التحق بالبالغ وكل من المالين ملكه فيصح إقراره فيهما.

(كتاب الوكالة) وجه المناسبة بين الكتابين أن في كل من الوكالة والإذن معنى الرضا بتصرف الغير

ـــــــــQقوله ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي) قال الزيلعي ثم وصي جده ثم الموالي ثم القاضي. اهـ.

[كتاب الوكالة]." (١)

"ذلك نظرا إلى شفقة الأبوة اهـ.

فظاهر كلامهم أن الأب إذا كان معروفا بسوء الاختيار لم يصح عقده بأقل من مهر المثل ولا بأكثر في الصغير بغبن فاحش ولا من غير الكفء فيهما سواء كان عدم الكفاءة بسبب الفسق أو لا حتى لو زوج بنته من فقير أو محترف حرفة دنيئة ولم يكن كفؤا فالعقد باطل فقصر المحقق ابن الهمام كلامهم على الفاسد مما لا ينبغي، وذكر أصحاب الفتاوى أن الأب إذا زوج بنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو مدمن له وقالت بعدما كبرت لا أرضى بالنكاح إن لم يكن يعرفه الأب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل اتفاقا؛ لأنه إنما زوج على ظن أنه كفء اهـ.

وهو يفيد أن الأب لو عرفه بشربه فالنكاح نافذ ولا شك أن هذا منه سوء اختيار بيقين لكن لم يلزم من تحققه كون الأب معروفا للناس به فقد يتصف به في نفس الأمر ولا يشتهر به فلا منافاة بين ما ذكروه كما لا يخفى، وفرق بين علمه وعدمه في الذخيرة بأنه إذا كان عالما بأنه ليس بكفء علم أنه تأمل غاية التأمل وعرف هذا العقد مصلحة في حقها أما هاهنا ظنه

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٢/٢٨١

كفؤا فالظاهر أنه لا يتأمل. اهـ.

وقد وقع في أكثر الفتاوى في هذه المسألة أن النكاح باطل فظاهره أنه لم ينعقد وفي الظهيرية يفرق بينهما ولم يقل إنه باطل وهو الحق ولذا قال في الذخيرة في قولهم فالنكاح باطل أي يبطل. ثم اعلم، أنه لا خصوصية لما إذا علمه فاسقا، وإنما المراد أنه إذا زوجه بناء على أنه كفء فإذا هو ليس بكفء فإنه باطل ولذا قال في القنية زوج بنته الصغيرة من رجل ظنه حر الأصل وكان معتقا فهو باطل بالاتفاق وقيد بتزويجه طفله؛ لأنه لو زوج أمة طفله بغبن فاحش فإنه لا يجوز اتفاقا؛ لأنه إضاعة مالهما؛ لأن المهر ملكهما ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر إليه كما في فتح القدير والمراد بعدم الجواز في قوله لم يجز ذلك لغيرهما عدم الصحة وعليه ابتني الفرع المعروف، ولو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لا يصح؛ لأنه لم يكن **العقد موقوفا** إذ لا مجيز له فإن العم ونحوه لا يصح منهم التزويج لغير الكفء ولذا ذكر في الخانية وغيرها أن غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة فالأحوط أن يزوجها مرتين مرة بمهر مسمى ومرة بغير التسمية؛ لأنه لو كان في التسمية نقصان فاحش ولم يصح النكاح الأول يصح الثاني اهـ.

ولا فرق بين الصغير والصغيرة

ـــــــــهـ لا يجوز عقده اتفاقا.

(قوله فقصر المحقق ابن الهمام إلخ) أقر ما اقتضاه كلام المحقق من أنه يظهر سوء اختياره بمجرد تزويجه ابنته للفاسق مع أن ظاهر قولهم أن لا يكون معروفا بسوء الاختيار يخالفه فإنه لا يلزم من ظهور سوء اختياره بذلك كونه مشهورا بسوء الاختيار كما سيصرح به قريبا في دفع المنافاة ولعله قصد بما سيأتي التعريض لما في الفتح أيضا وعن هذا قال في النهر التحقيق أن الأب تارة يعرف بسوء الاختيار فلا يصح عقده مطلقا أو لا فيصح مطلقا ولو من فاسق بشرط أن يكون صاحيا إذ لو كان فعله ذلك آية سوء اختياره لزم إحالة المسألة فتدبره اهـ.

فقوله " إذ لو كان " رد على ما اقتضاه كلام المحقق بأنه لو كان كذلك لزم عدم تصور صحة تزويج الأب والجد بغير الكفء ويؤيده ما يفيده كلام الفتاوى مما سيذكره المؤلف قريبا.

(قوله: وقد وقع في أكثر الفتاوى في هذه المسألة) أي التي ذكرها أصحاب الفتاوى. (قوله إن النكاح باطل) لا يخفى أن قولهم النكاح باطل إنما هو بعد ردها وذلك لا يفيد بطلانه من أصله، نعم يرد ما قاله على عبارة القنية الآتية حيث لم يذكر فيها رد البنت أما على ما مر فلا، وقد رأيته كذلك في الخانية والذخيرة والولوالجية والتجنيس والبزازية فكلهم ذكروا البطلان بعد الرد وهل يتوقف على القضاء؟ لم أره تأمل. (قوله ثم اعلم أنه لا خصوصية لما إذا علمه فاسقا) قال الرملي.

والحاصل مما تقدم: أنه إن لم يعلم بعدم كفاءته ثم علم فهو باطل أي سيبطل وإن علم بها ينظر، إن علم سوء تدبيره فكذلك وإلا فهو صحيح نافذ وعليه يحمل ما في المتون هذا، وقد قدم في أول الباب عن الولوالجي امرأة زوجت نفسها من رجل ولم تعلم أنه عبد أو حر إلخ وبه يعلم أن الحكم مختلف بين ما إذا زوج الكبيرة برضاها على ظن الكفاءة فلا خيار عند ظهور عدمها وفيما إذا زوج الصغيرة على ذلك الظن فظهر خلافه فإنه باطل أي سيبطل، وقد توهم بعض خلاف ذلك. اهـ.

وكان مراده بالبعض العلامة المقدسي فإنه قال في الرمز بعد ما ذكر المسألة المنقولة عن الفتاوى قلت: وهو يخالف ما نقلنا

آنفا أنه لو زوجت من غير شرطهم الكفاءة فظهر غير كفء لا اعتراض لهم، فأما أن يخص هذا منه أو يدخل هذا فيه. (قوله والمراد بعدم الجواز إلخ) فيه رد على صدر الشريعة حيث قال في شرحه: وإن فعل غيرهما فلهما أن يفسخا بعد البلوغ فإنه يقتضي الصحة وهو وهم كما نبه عليه ابن الكمال وغيره، وكذا رده المحقق التفتازاني في التلويح في بحث العوارض، وذكر أنه لا يوجد له رواية أصلا." (١)

"العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما إذا زوجت نفسها بعد العتق ولذا قال الإسبيجابي: الأصل أن عقد النكاح متى تم على المرأة وهي مملوكة يثبت لها خيار العتق ومتى تم عليها وهي حرة لا يثبت لها خيار العتق اهـ.

ولو اقترنا لا خيار لها كما لو زوجها فضولي وأعتقها فأجاز المولى الكل فإنه لا خيار لها كذا في تلخيص الجامع أطلق في الأمة فشمل القنة، والمدبرة، وأم الولد، والمكاتبة لكن في المدبرة، وأم الولد تفصيل ففي المدبرة إن أعتقها المولى في حياته فالحكم كالقنة إذا أعتقت، وإن عتقت بموت المولى فقال في الظهيرية لو تزوجت مدبرة بغير إذن مولاها ثم مات المولى، وقد خرجت من الثلث جاز النكاح، وإن لم تخرج لم يجز حتى تؤدي السعاية عند أبي حنيفة وعندهما يجوز اهـ.

وأما أم الولد إذا أعتقها أو مات عنها المولى فإن النكاح لا ينفذ لأن العدة وجبت عليها من المولى كما عتقت، والعدة تمنع نفاذ النكاح كذا في المحيط، والخانية وينبغي أن يقال في جواب المسألة فإن النكاح يبطل لأنه لا يمكن توقفه مع وجود العدة إذ النكاح في عدة الغير فاسد ويدل عليه ما زاد في المحيط في هذه المسألة فإن دخل بها الزوج قبل العتق نفذ النكاح وهذا إنما يصح على رواية ابن سماعة عن محمد لأنه وجبت العدة من الزوج فلا تجب العدة من المولى ولا يصح على ظاهر الرواية لأنه لا تجب العدة من الزوج فوجبت العدة من المولى ووجوب العدة من المولى قبل الإجازة يوجب انفساخ النكاح اهـ.

فقوله: يوجب الانفساخ ظاهر فيه وإنما قيد المصنف بالأمة مع أن الحكم في العبد أنه إذا تزوج بلا إذن ثم أعتق فإن النكاح ينفذ لزوال المانع فيهما لأجل أن يبين نفي الخيار، ولذا قال في فتح القدير ولا فرق بين الأمة، والعبد في هذا الحكم وإنما فرضها في الأمة ليرتب عليها المسألة التي تليها تفريعا اهـ.

وفي تلخيص الجامع ولو زوج فضولي عبدا امرأتين ثم عتق يخير في اثنتين كيف شاء بخلاف ما لو باشر العبد حيث يخير في الأخريين لأنه رد في الأوليين كما أن الحر لو تزوج أربعا ثم أربعا ثم ثنتين بغير أمرهن توقف في الأخريين وارتد الباقي ولو أجاز العبد النكاح في ثلاث بطل عقدهن لأن الجمع إجازة كالجمع حالة العقد ويخير في الرابعة، وكذا لو زوج فضولي حرا له امرأة أربعا في عقود فماتت امرأته لا يخير إلا في الثلاث، وإن كان في عقد يلغو كما لو زوجه أختها أو تزوج مكاتبته ثم عتقت وإنما يوقف ماله مجيز حالة العقد اهـ.

وقيد بالنكاح لأنها لو اشترت شيئا فأعتقها المولى لا ينفذ الشراء بل يبطل لأنه لو نفذ عليها لتغير المالك وقيد بالرقيق لأن الصبي إذا تزوج بغير إذن وليه ثم بلغ فإنه لا ينفذ بل يتوقف على إجازته لأنه لم يكن أهلا له أصلا فلم يكن نافذا من جهته ولأن الولي الأبعد إذا زوج مع وجود الأقرب ثم غاب الأقرب أو مات فتحولت الولاية إلى المزوج فإنه يتوقف على إجازة مستأنفة منه

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٤٥/٣

وإن زال المانع لأن الأبعد حين باشر لم يكن وليا ومن لم يكن وليا في شيء لا يبالي بعواقبه اتكالا على رأي الأقرب فيتوقف على إجازته ليتمكن من الأصلح فليس هو من باب زوال المانع لأنه له ولاية جديدة ولأن المولى إذا زوج مكاتبته الصغيرة حتى توقف على إجازتها ثم أدت المال قبل الإجازة فعتقت فإنه لا ينفذ ذلك العقد بل لا بد من إجازة المولى، وإن كان هو العاقد لأنه لم يكن وليا حين العقد فلا يبالي بعواقبه، وفيه ما قدمناه من البحث وقيد بالعتق لأنه لو تزوج العبد بلا إذن ثم أذن له فإنه لا ينفذ إلا بإجازة المولى أو العبد وقدمناه ولأنه لو انتقل الملك إلى غير المولى كالمشتري، والموهوب له، والوارث فإن الإجارة تنتقل إلى المالك الثاني ولا يبطل العقد إن كان المتزوج بلا إذن عبدا، وإن كان أمة فإن كان المالك الثاني لا يحل له وطؤها فإنه ينفذ بإجازته، وإن كان يحل له وطؤها فإن كان لم يدخل بها الزوج لم تصح الإجازة وبطل **العقد الموقوف** لأنه طرأ حل بات على موقوف فأبطله، وإن

ـــــــQالإطلاق بالإضافة، وفي تصحيحها تكلف تأمل.

(قوله: يخير في اثنتين) وكذا قوله: بعده يخير في الأخريين كذا في النسخ بلفظ يخير مضارع خير في الموضعين والذي رأيته في التلخيص يجيز مضارع أجاز قال الفارسي في شرح التلخيص أي لو زوج فضولي عبد رجل امرأتين في عقدة برضاهما ثم امرأتين في عقدة برضاهما ثم عتق قبل أن يبلغه النكاح فله أن يجيز النكاح في امرأتين منهن كيف شاء إن شاء الأوليين أو الأخريين أو واحدة من كل عقد لأن نكاح كل واحدة منهن موقوف على احتمال الإجازة." (١)

"العقد ثم يجب على الفضولي مثل المبيع إن كان مثليا، وإلا فقيمته إن كان قيميا لأنه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير، واستقراض غير المثلي جائز ضمنا، وإن لم يجز قصدا ألا ترى أن الرجل إذا تزوج امرأة على عبد الغير صح، ويجب قيمته عليه، ولا يشترط قيام المبيع في مسألة من مسائل الفضولي مذكورة في الخلاصة من اللقطة قال -: الملتقط إذا با ع اللقطة بغير أمر القاضي ثم جاء صاحبها بعدما هلكت العين إن شاء ضمن البائع، وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية، وبه أخذ عامة المشايخ. اهـ.

وهكذا قالوا في الملتقط إذا تصدق فهلكت العين فأجاز المالك بعد الهلاك صحت، وقيد بالمالك في قوله فللمالك أن يفسخه أو يجيزه لأن للفضولي فسخه فقط حتى لو أجازه المالك لا ينفذ لزوال **العقد الموقوف**، وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم، ويخاصم بالعيب، وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته، وفي البزازية، وللمشتري فسخ البيع قبل الإجازة تحرزا عن لزوم العقد بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول، ولا بالفعل لأنه معبر محض فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي.

وفي النهاية أن الفضولي في النكاح يملك فسخه بالفعل بأن زوج فضولي رجلا امرأة برضاها، وقبل إجازته زوجه بأختها فإن

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣/٢١٧

ذلك يكون فسخا للنكاح الأول، وفي فتاوى قاضي خان لا يكون فسخا، ويتوقف الثاني أيضا ثم الإجازة لبيع الفضولي تكون بالفعل وبالقول فمن الأول تسليم المبيع إجازة، وكذا أخذه الثمن، ومن الثاني طلب الثمن، وقوله أحسنت أو وفقت أو أصبت ليس بإجازة، وكذا كفيتني مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيرا، وفي المنتقى لو قال بئس ما صنعت كان إجازة كقبض الثمن، ولو وهب المالك الثمن أو تصدق به على المشتري كان إجازة إن كان المبيع قائما، والسكوت بعد العلم لا يكون إجازة، ولو قال المالك أنا راض ما دمت حيا كان إجازة بالأول، ولو قال أمسكها ما دمت حيا لا لأن الإمساك لا يدل على الرضا، وفي فروق الكرابيسي أسأت إجازة، ولو قال لا أجيز يكون ردا للبيع بخلاف المستأجر إذا قال لا أجيز بيع الآخر ثم أجازه جاز.

وفي نوادر هشام، ولو قال أجزت إن باع بمائة درهم يجوز إن باع بأكثر، وإن باع بأقل لا يجوز، ولو باع بألف دينار لا يجوز، وإنما ينظر إلى النوع الذي وصفه كذا في البزازية، وفيها وإذا أجاز المالك بيع الفضولي صار الفضولي كالوكيل حتى صح حطه عن الثمن علم المالك بالثمن أو لم يعلم، وأجاب صاحب الهداية أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة فله الخيار إن شاء رضي به، وإن شاء فسخ. اهـ. وأشار المصنف باشتراط قيام المبيع أي باسمه، وحاله إلى أنه لو أجازه بعد صبغ الثوب المشترى فإنه لا يجوز

ـــــــــــq (قوله ولا يشترط قيام المبيع في مسألة إلخ) قال الرملي هذه المسألة خرجت عن أن تكون من مسائل الفضولي بل هي بيع المالك لأنه بالضمان استند الملك، ونفذ البيع من جهته كبيع الغاصب إذا ضمنه المالك كما هو ظاهر، والمسألة مذكورة في غالب كتب المذهب كالبزازية وغيرها، والله تعالى أعلم ثم رأيت صاحب النهر تكلم بمثل ما تكلمه. اهـ.

وعبارة النهر، وليس هذا من إجازة بيع الفضولي في شيء بل إنما نفذ بيعه لثبوت الملك للبائع بأداء الضمان ضرورة فلا استثناء حينئذ فتدبره.

(قوله وفي البزازية، وللمشتري فسخ البيع قبل الإجازة إلخ) إن قلت: يأباه ما سيأتي في المتن من أن المشتري إذا برهن على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع، وأراد رد البيع لم يقبل قلت: لا تنافي بينهما لأن ما سيأتي مفروض فيما إذا اختلف البائع، والمشتري فادعى المشتري أن البيع بغير أمر صاحبه، وجحد البائع ذلك فيحمل ما في البزازية على ما إذا تصادقا على البيع بغير أمر المالك فاختلف الموضوع فافهم حاشية أبي السعود (قوله وكذا أخذه الثمن) قال الرملي لم أر في كلامهم حكم ما إذا قبض بعض الثمن هل يكون إجازة أم لا وينبغي أن يكون إجازة لدلالته على الرضا، ولتصريحهم في نكاح الفضولي بأن قبض بعض المهر يكون إجازة، ولأن الظاهر أن الألف واللام في الثمن لإفادة الجنس لمحرره الغزي. اهـ.

(قوله وأشار المؤلف باشتراط قيام المبيع إلى قوله لو أجازه بعد صبغ الثوب المشترى فإنه لا يجوز) كذا في البزازية، وفي منح الغفار ما يخالفه فإنه قال والمراد بكون المبيع قائما أن لا يكون متغيرا بحيث يعد شيئا آخر فإنه لو باع ثوب غيره بغير أمره، وصبغه المشتري فأجاز رب الثوب البيع جاز، ولو قطعه وخاطه ثم أجاز البيع لا يجوز لأنه صار شيئا آخر. اهـ.

والمسألة بهذا اللفظ دون التعليل في التتارخانية عن فتاوى أبي الليث." (١)

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٦١/٦

"ولو ولدت الأمة ثم أجاز المالك البيع يكون الولد مع الأمة للمشتري، ولو انهدم الدار ثم أجاز المالك البيع يصح لبقاء العرصة، ولم يذكر المؤلف حكم تسليم المبيع من الفضولي فلو سلمه فهلك فللمالك أن يضمن أيهما شاء فأيهما اختار ضمانه برئ الآخر لأن في التضمين تمليكا منه فإذا ملكه من أحدهما لا يمكن تمليكه من الآخر فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع لأن أخذ القيمة كأخذ العين، ويرجع المشتري على البائع بالثمن لا بما ضمن، وإن اختار تضمين البائع ينظر إن كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه بالضمان لأن سبب ملكه قد تم عقده، وإن كان قبضه أمانة فإنما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع فلا ينفذ بيعه بالضمان لتأخر سبب ملكه عن العقد.

وقد ذكر محمد في ظاهر الرواية أنه يجوز البيع بتضمين البائع ووجهه أنه سلم أولا ثم صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب كذا في البزازية، وقيد بالبيع لأنه إذا اشترى لغيره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشتراه له أم لا، وإن لم يجد نفاذا يتوقف على إجازة من المشتري له كالصبي المحجور يشتري شيئا لغيره فيتوقف هذا إذا أضاف العقد إلى نفسه أما إذا أضافه إلى غيره بأن يقول بع هذا العبد لفلان فقال البائع بعته لفلان يتوقف على إجازته، وأما إذا قال اشتريت منك بكذا لأجل فلان فقال البائع بعت أو قال البائع بعت منك لفلان فإنه يقع الشراء للمخاطب لا لفلان، والصحيح أنه إذا أضيف العقد في أحد الكلامين إلى فلان يتوقف على إجازة فلان، ولو اشترى عبدا وأشهد أنه يشتريه لفلان، وقال فلان رضيت فالعقد للمشتري لأنه إذا لم يكن وكيلا بالشراء وقع الملك له فلا اعتبار بالإجازة بعد ذلك، وهي تلحق **العقد الموقوف** لا النافذ فإن دفع المشتري إليه العبد، وأخذ الثمن كان بيعا بالتعاطي بينهما، ولو ظن المشتري والمشترى له أن الملك وقع للمشترى له فسلمه له بعد قبض ثمنه لا يسترد بلا رضا المشترى له، ويجعل كأنه ولاه، وإن علما أن الشراء وقع للمشتري بعده، وإن زعم المشترى له أن الشراء كان بأمره، ووقع الملك له، والمشتري أنه كان بلا أمره، ووقع الشراء للمشتري فالقول للمشترى له لأن الشراء بإقراره وقع له كذا في البزازية.

وفي فروق الكرابيسي شراء الفضولي على أربعة أوجه الأول أن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا، والفضولي يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت، ولم يقل لفلان فهذا يتوقف، الثاني أن يقول البائع بعت من فلان بكذا، والمشتري يقول اشتريته لأجله أو قبلت يتوقف، الثالث أن يقول البائع بعت هذا منك بكذا فقال اشتريت أو قبلت، ونوى أن يكون لفلان فإنه ينفذ على المشتري، الرابع لو قال اشتريت لفلان بكذا، والبائع يقول بعت منك بطل العقد في أصح الروايتين، والفرق أنه خاطب المشتري، والمشتري يسترد لغيره فلا يكون جوابا فكان شطر العقد بخلاف الفصلين الأولين إذ العقد أضيف إلى فلان في الكلامين، وبخلاف الفصل الثالث لأنه وجد نفاذا على العاقد، وقد أضيف العقد إليه. اهـ.

وأشار المؤلف بثبوت الفسخ والإجازة للمالك إلى أن الفضولي لو شرط الخيار للمالك فإن العقد يبطل، ولا يتوقف لأن الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلا كذا في فروق الكرابيسي، وقيد ببيع ملك الغير لأنه لو با ع ملك نفسه مشغولا

ـــــــــo (قوله والصحيح أنه إذا أضيف العقد في أحد الكلامين إلى فلان يتوقف إلخ) ظاهره أنه يتوقف، وإن أضيف في الكلام الآخر إلى الفضولي، ويأتي قريبا أن أصح الروايتين في هذه الصورة أنه يبطل (قوله وفي فروق الكرابيسي شراء الفضولي

على أربعة أوجه) قال في البزازية قال بعت لفلان، وقال المشتري اشتريت أو قبلت لفلان أو لم يقل لفلان أو قال الفضولي بع لفلان فقال بعت، وقال اشتريت لفلان توقف، ولو قال بعت منك فقال الفضولي اشتريت أو قبلت، ونوى بقلبه لفلان لا يتوقف أو قال الفضولي اشتريت لفلان، وقال البائع بعت منك الأصح عدم التوقف، ولو قال بعت هذا منك لفلان فقال المشتري اشتريت أو قبلت أو قال المشتري اشتريت لأجل فلان، وقال البائع بعت لا يتوقف، وينفذ اتفاقا، ولو قال الفضولي اشتريت لفلان على أنه بالخيار ثلاثا لا يتوقف بخلاف شرائه لفلان بلا خيار اهـ.

من التاسع في الوكالة بالشراء، وفيه الفضولي، وفي الخانية بعد قوله لا يتوقف، وإنما يتوقف شراء الفضولي إذا اشترى بغير خيار (قوله بطل العقد في أصح الروايتين) وعلى هذا فالاكتفاء بالإضافة في أحد الكلامين بأن لا يضاف إلى الآخر نهر أي الاكتفاء بالإضافة إلى فلان على ما مر تصحيح مصور بأن لا يضاف إلى المشتري بأن يقول البائع بعت، ولا يقول منك فإذا أضيف لا يتوقف، وإن زاد على ذلك لفلان لا يتوقف أيضا لكنه ينفذ كما قدمناه عن البزازية (قوله فيكون الشرط له مبطلا) قال في النهر كان ينبغي أن يكون الشرط لغوا فقط فتدبره." (١)

"أي ابتداء النكاح (بقدر آخر) من المهر (بعد الانفساخ) أي انفساخ عقد الفضولي وليس له إلا إجازة **العقد الموقوف** على إجازته لا إنشاء عقد آخر بمهر آخر (بخلاف) قوله (لا أجيزه) أي النكاح (بمائة لكن) أجيزه (بمائتين) فإن النفي الداخل على المقيد بتوجه على القيد وهو ههنا قوله بمائة، وإليه أشار بقوله (لأن التدارك) بلكن (في قدر المهر لا أصل النكاح) فيكون متسقا.

مسئلة

(أو قبل مفرد لإفادة أن حكم ما قبلها ظاهر لأحد المذكورين) اسمين كانا أو فعلين. قوله ظاهرا قيد للإفادة باعتبار كون المفاد ثبوت الحكم لأحدهما: إذ بحسب التحقيق والمآل تارة يستفاد كونه لكل منهما كما إذا وقعت في سياق النفي، ثم بين المذكورين بقوله (منه) أي مما قبلها (وما بعدها ولذا) أي ولكونها لإفادة الحكم لأحدهما لا على التعيين (عم) الحكم كل واحد منهما (في) سياق (النفي) لأن مفهوم أحدهما يصدق على كل واحد منهما بخصوصه فهو أعم من كل بخصوصه ونفي الحكم عن الأعم يستلزم نفيه عن الأخص (و) كذا في (شبهه) أي شبه النفي وهو النهي (على الانفراد) متعلق بعم وعمومه على الانفراد أن يتحقق في كل منهما منتقلا فقوله تعالى: و ﴿لا تطع منهم آثما أو كفورا﴾ وكذا قول الحالف والله (لا أكلم زيدا أو بكرا منع) للمخاطب والحالف (من كل) أي من إطاعة كل من الآثم والكفور في الأول، وفي تكليم كل من زيد وبكر في الثاني لأن التقدير والمآل لا تطع (واحدا منهما) ولا أكلم واحد منهما وهو نكرة في سياق النفي والنهي فتعم (لا) أن التقدير لا تطع ولا أكلم (أحدهما ليكون معرفة) فلا يعم، وذلك لعدم الإضافة على التقدير الأول ووجودها على الثاني (وحينئذ لا يشكل بلا أقرب) أي بوالله لا أقرب (ذى أو ذى) إشارة إلى زوجيته بأن يقال أو لأحد الأمرين، ومقتضاه أن لا يصير موليا منهما جميعا، وحكم المسئلة أنه (يصير موليا منهما) لأنه في معنى واحدة منهما والمعنى لا يشكل

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٦٢/٦

بأن يقال لا أقرب ذى أو ذى مثل: لا أقرب أحداكما لأن أو لأحد الأمرين، فلم قلتم في الأول يصير موليا منهما؟ (فتبينان) معا عند انقضاء مدة الإيلاء: وهو أربعة أشهر من غير فيء (وفي) قوله لا أقرب (أحداكما) يصير موليا (من إحداهما) لا منهما، وذلك لأن إحدى بسبب الإضافة صارت معرفة فلا تعم في سياق النفي (بخلافه) أي بخلاف المنع من الأمرين (بالواو) بدل أو كلا أكلم زيدا وعمرا (فإنه) أي المنع بالواو (من الجمع) لأنها موضوعة له فيتعلق بالمجموع (لعموم الاجتماع)." (١)

"٢٨٦٧ - «وعن حكيم بن حزام قال: نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع ما ليس عندي. رواه الترمذي وفي رواية له ولأبي داود والنسائي قال: قلت: يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع وليس عندي فأبتاع له من السوق. قال: لا تبع ما ليس عندك» .

٢٨٦٧ - (وعن حكيم بن حزام) بكسر الحاء المهملة وزاي بعدها (قال «نهاني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن أبيع ما ليس عندي») كعبد آبق ولم يدر محله وطائر في الهواء وسمك في الماء. رواه الترمذي وفي رواية له) أي للترمذي (ولأبي داود والنسائي) أي أيضا (قال) أي حكيم (قلت: يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع) أي المبيع كالصيد بمعنى المصيد كقوله - تعالى - ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ [المائدة: ٩٦] أي مصيده (ليس عندي) حال من البيع وفي شرح السنة وبعض نسخ المصابيح بالواو (فأبتاع) أي أشتري (له من السوق) قال ابن الملك: هذا يحتمل أمرين: أحدهما أن يشتري له من أحد متاعا فيكون حلالا وهذا يصح، والثاني: أن يبيع منه متاعا لا يملكه ثم يشتريه من مالكه ويدفعه إليه وهذا باطل لأنه باع ما ليس في ملكه وقت البيع، وهذا معنى قوله: قال (لا تبع ما ليس عندك) أي شيئا ليس في ملكك حال العقد. في شرح السنة هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات، فلذا قيل: السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط يجوز وإن لم يكن في ملكه حال العقد، وفي معنى ما ليس عنده في الفساد بيع العبد الآبق وبيع المبيع قبل القبض وفي معناه بيع مال غيره بغير إذنه لأنه لا يدري هل يجيز مالكه أم لا؟ وبه قال الشافعي رحمه الله. قال جماعة يكون **العقد موقوفا** على إجازة المالك وهو قول مالك وأصحاب أبي حنيفة وأحمد رحمهم الله.." (٢)

"أن لا يكون متغيرا بحيث يعد شيئا آخر لأن الملك لم ينتقل إليه بالعقد فلا ينتقل بعد هلاكه.

وفي البحر ولو لم يعلم حال المبيع وقت الإجازة من بقائه وعدمه جاز البيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد لأن الأصل بقاؤه ثم رجع.

وقال لا يصح ما لم يعلم بقاؤه (و) بشرط بقاء (المالك الأول) لأنه بموته يبطل **العقد الموقوف** فبعد ذلك لا يفيد إجازة الوارث، وإنما جاز بيع الفضولي عندنا لأن ركن التصرف صدر من أهله مضافا إلى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفا فينعقد وليس فيه ضرر على المالك لأنه مخير فإذا رأى المصلحة فيه نفذه وإلا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٨٧/٢

(٢) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح الملا على القاري ١٩٣٧/٥

المشتري وقرار الثمن ويسقط رجوع حقوق العقد إليه فثبت للفضولي القدرة الشرعية إحرازا لهذه المنافع على أن الإذن له ثابت دلالة لأن كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع خلافا للشافعي إذ عنده تصرفات الفضولي باطلة كلها وقيد المصنف بالأول مستدرك لا طائل تحته تتبع.

(وكذا) بشرط (بقاء الثمن إن كان) الثمن (عرضا) لأن العرض يتعين بالتعيين فصار كالبيع فيشترط بقاؤه وبهذا يفهم أن الثمن إن كان دينا يحتاج إلى أربعة أشياء وإن كان عرضا يحتاج إلى خمسة أشياء فلا وجه بالحصر إلى أربعة كما قيل تدبر (وإذا أجاز) المالك عند قيام الخمسة المذكورة جاز البيع (فالثمن العرض ملك للفضولي) أي إن كان الثمن عرضا كان مملوكا للفضولي وإجازة المالك إجازة نقد لا إجازة عقد لأنه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر إن وجد نفاذا فيكون ملكا وبإجازة المالك لا ينتقل إليه بل تأثير إجازته في النقد لا في العقد (وعليه) أي يجب عن الفضولي (مثل البيع لو) كان (مثليا وإلا) أي وإن لم يكن مثليا (فقيمته) لأنه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينا بمال الغير واستقراض غير المثلي جائز ضمنا وإن لم يجز قصدا (وغير العرض) يعني إن كان الثمن في بيع الفضولي دينا غير عرض كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني بغير عينهما فأجاز المالك البيع حال بقاء الأربعة جاز البيع وهو الثمن (ملك للمجيز أمانة في يد الفضولي) بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الإجازة أو قبله لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (وللفضولي أن يفسخ قبل إجازة المالك) دفعا للحقوق عن نفسه لأن حقوق البيع ترجع إليه بخلاف الفضولي في النكاح حيث لا يكون الفسخ له قبل الإجازة لأن الحقوق لا ترجع إليه.

(وصح إعتاق المشترى) اسم مفعول أو فاعل صلته (من الغاصب إذا أجيز البيع) يعني لو غصب عبدا فباعه ثم أعتقه المشتري من الغاصب." (١)

"وفي قوله لا تسلم حتى تقبض الثمن كما في الصغرى فله المخالفة، ١٢ - بخلاف لا تبع حتى تقبض. ١٣ - لأن التسليم من الحقوق، وهي راجعة إلى الوكيل فلا يملك النهي

١٤ - الوكيل يملك الموقوف كالنافذ فلا ينهيها.

وتمامه في نكاح الجامع

ـــــــــــQقوله: وفي قوله لا تسلم حتى تقبض الثمن إلخ.

قال في الوجيز شرح الجامع الكبير: ولو دفع إليه عبدا وأمره بالبيع ونهاه عن التسليم بعد البيع حتى يقبض الثمن قال محمد: النهي باطل.

وقيل أبو حنيفة معه.

وقال أبو يوسف يصح حتى لو سلم يضمن الثمن إن هلك وإلا له أن يسترد وكذا لو باع ثم نهاه عن التسليم (انتهى) .

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٢/٩٥

فكان على المصنف – رحمه الله – أن ينبه على الخلاف. (١٢) قوله:

بخلاف لا تبع حتى تقبض الثمن إلخ.

فإنه لا تجوز المخالفة قال في الخانية ولو وكله بالبيع ثم نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن فباع قبل قبض الثمن وسلم المبيع كان البيع باطلا حتى يسترد المبيع من المشتري ثم يبيع. (١٣) قوله:

لأن التسليم من الحقوق إلخ.

علة لجواز المخالفة في قوله لا تسلم حتى تقبض الثمن لا علة لقوله لا تبع حتى تقبض الثمن كما هو ظاهر

(١٤) قوله: الوكيل يملك الموقوف كالنافذ إلخ.

يعني لأنه بعض ما وكل به فيملكه كما يملك كله لكنه لا يخرج به عن الوكالة، وهذا معنى قوله ولا ينهيها أي ولا ينهي **العقد الموقوف** الوكالة لأنها لا تبطل إلا بإبطالها أو بانتهائها وإبطالها بالعزل وانتهاؤها بتحصيل ما وكل به ولم يوجد واحد منهما.

أما العزل فظاهر وأما الامتثال فلأن المقصود من العقود أحكامها لا ذواتها والموقوف لا يفيد حكمه فلم يحصل الامتثال فإذا لم يحصل الامتثال بقي على وكالته، ولهذا يملك فسخه قبل الإجازة لأن الوكالة ما دامت قائمة فالوكيل قائم مقام الموكل وذلك كما لو وكل رجلا أن يزوجه امرأة." (١)

"الوكيل مصدق في براءته دون رجوعه، فلو دفع إليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا ويزيد من عنده إلى خمس مائة، فاشترى وادعى الزيادة وكذبه الآمر، ١٦ – تحالفا ويقسم الثمن أثلاثا للتعذر،

ــــــــQغائبة وقبل عنها فضولي ثم نقض العهد قبل إجازتها صح نقضه لقيامه مقام الموكل، ثم لا يشترط لصحة نقض الوكيل حضور موكله ولا حضور المرأة الغائبة بخلاف المشروط له الخيار لا يمكنه نقض البيع في مدة الخيار إلا بحضرة صاحبه والفرق أن **العقد الموقوف** في النكاح لا يظهر في حق الغائب أصلا فكان امتناعا عن الامتناع في حقه ولا ضرر عليه فلا يشترط حضرته، ففي البيع نقضه تصرف في حق العين وهو رفع العقد لأنه نافذ في حق من لا خيار له فلا بد من حضرته كي لا يلحقه الضرر بغيبته على ما عرف في موضعه.

كذا في شرح تلخيص الجامع للقاضي فخر الدين عثمان المارديني.

(١٥) قوله:

الوكيل مصدق في براءته دون رجوعه.

قيل: وهل إذا أمر المستأجر بالعمارة يقبل قوله أنه عمر أو لا: ذكر المصنف في البحر في الوكالة عند قوله وبشراء هذا بدين له عليه أنه لا يقبل قوله بدون بينة وهي في البزازية في الإجارة قبل العاشر في الحظر وبين عقبها ما إذا اختلفا في القدر ومن

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٨/٣

ذلك ما ذكره في أول قوله الثالث في المتفرقات من الإجارة ونصه: أمر رجلا أن ينفق على أهله عسرة من عنده ليرجع عليه فقال أنفقت وكذبه الآمر وأراد المأمور أن يحلفه أنه ما يعلم أنه ما أنفق له ذلك.

وفي الظهيرية إذا قال الرجل لآخر استدن على امرأتي وأنفق عليها كل شهر عشرة دراهم وقال أنفقت وقالت المرأة صدق لم يصدق على ذلك إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة فحينئذ يصدق لأنها أخذت بإذن القاضي.

وكذا هذا في الأولاد الصغار (انتهى) .

وقد نقل المصنف - رحمه الله - فرع الظهيرية في البحر في باب النفقة في قوله ولا تجب نفقة مدة مضت. (١٦) قوله: تحالفا ويقسم الثمن أثلاثا إلخ.

يعني تحالفا إن لم يقم واحد منهما بينة، فإن أقام أحدهما بينة قبلت بينته لأن كلا منهما يدعي لنفسه حقا أما الآمر فإنه." (١)

"وعن عروة البارقي - رضي الله عنه - «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطاه دينارا ليشتري به أضحية، أو شاة، فاشترى به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى ترابا لربح فيه» . رواه الخمسة إلا النسائي. وقد أخرجه البخاري في ضمن حديث، ولم يسق لفظه. وأورد الترمذي له شاهدا من حديث حكيم بن حزام.

ــــــــ Q **[العقد الموقوف]**

(وعن عروة البارقي - رضي الله عنه - «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطاه دينارا يشتري به أضحية أو شاة فاشترى به شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ترابا لربح فيه» . رواه الخمسة إلا النسائي وقد أخرجه البخاري ضمن حديث ولم يسق لفظه وأورد له الترمذي شاهدا من حديث حكيم بن حزام) الحديث في إسناده سعيد بن زيد أخو حماد مختلف فيه قال المنذري والنووي إسناده حسن صحيح وفيه كلام كثير وقال المصنف: الصواب أنه متصل في إسناده مبهم وفي الحديث دلالة على أن عروة شرى ما لم يوكل بشرائه وباع كذلك لأنه أعطاه دينارا لشراء أضحية فلو وقف على الأمر لشرى ببعض الدينار الأضحية ورد البعض وهذا الذي فعله هو الذي تسميه الفقهاء **العقد الموقوف** الذي ينفذ بالإجازة وقد وقعت هنا وللعلماء فيه خمسة أقوال: (الأول) أنه يصح **العقد الموقوف** وذهب إلى هذا جماعة من السلف والهادوية عملا بالحديث.

(والثاني) أنه لا يصح وإليه ذهب الشافعي وقال إن الإجازة لا تصححه محتجا بحديث «لا تبع ما ليس عندك» . أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي؛ وهو شامل للمعدوم وملك الغير وتردد الشافعي في صحة حديث عروة وعلق القول به على صحته.

(والثالث) التفصيل لأبي حنيفة فقال: يجوز البيع لا الشراء وكأنه فرق بينهما بأن البيع إخراج عن ملك المالك وللمالك حق في استبقاء ملكه فإذا أجاز فقد أسقط حقه بخلاف الشراء فإنه إثبات لملك فلا بد من تولي المالك لذلك.

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٩/٣

(والرابع) لمالك وهو عكس ما قاله أبو حنيفة وكأنه أراد الجمع بين الحديثين حديث لا تبع ما ليس عندك وحديث عروة فيعمل به ما لم يعارض.

(والخامس) أنه يصح إذا وكل بشراء شيء فيشتري بعضه وهو للجصاص وإذا صح حديث عروة فالعمل به هو الراجح وفيه دليل على صحة بيع الأضحية وإن." (١)

"(٩٢٩) - وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها» متفق عليه

ـــــــQ [نكاح العبد بغير إذن مالكه]

(وعن جابر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه وأهله فهو عاهر» أي زان (رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي، وصححه، وكذلك) صححه (ابن حبان) ورواه من حديث ابن عمر موقوفا، وأنه وجد عبدا له تزوج بغير إذنه ففرق بينهما وأبطل عقده وضربه الحد. والحديث دليل على أن نكاح العبد بغير إذن مالكه باطل، وحكمه حكم الزنا عند الجمهور إلا أنه يسقط عنه الحد إذا كان جاهلا بالتحريم، ويلحق به النسب، وذهب داود إلى أن نكاح العبد بغير إذن مالكه صحيح لأن النكاح عنده فرض عين فهو كسائر فروض العين لا يفتقر إلى إذن السيد، وكأنه لم يثبت لديه الحديث، وقال الإمام يحيى: إن العقد الباطل لا يكون له حكم الزنا هنا، ولو كان عالما بالتحريم لأن العقد شبهة يدرأ بها الحد، وهل ينفذ عقده بالإجازة من سيده فقال الناصر والشافعي: لا ينفذ بالإجازة لأنه سماه النبي - صلى الله عليه وسلم - عاهرا، وأجيب بأن المراد إذا لم تحصل الإجازة إلا أن الشافعي لا يقول **بالعقد الموقوف** أصلا، والمراد بالعاهر أنه كالعاهر، وأنه ليس بزان حقيقة.

(وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: لا يجمع) بلفظ المضارع المبني للمجهول، و " لا " نافية فهو مرفوع، ومعناه النهي، وقد ورد في إحدى روايات الصحيح بلفظ «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها» متفق عليه) فيه دليل على تحريم الجمع بين من ذكر قال الشافعي يحرم الجمع بين من ذكر، وهو قول من لقيته من المفتين لا خلاف بينهم في ذلك، ومثله قال الترمذي، وقال ابن المنذر لست أعلم في منع ذلك اختلافا اليوم، وإنما قال بالجواز فرقة من الخوارج، ونقل الإجماع أيضا ابن عبد البر وابن حزم والقرطبي والنووي، ولا يخفى أن هذا الحديث خصص عموم قوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] الآية قيل: ويلزم الحنفية أن يجوزوا الجمع بين من ذكر لأن أصولهم تقديم عموم الكتاب على أخبار الآحاد إلا أنه أجاب صاحب الهداية بأنه حديث مشهور، والمشهور له حكم القطعي سيما مع الإجماع من الأمة، وعدم الاعتداد بالمخالف.." (٢)

"أو وكيل الأب، لكن في النهر بحثا لو عين لوكيله القدر صح.

---

(١) سبل السلام الصنعاني ٤١/٢

(٢) سبل السلام الصنعاني ١٨١/٢

(لا يصح) النكاح (من غير كفء أو بغبن فاحش أصلا) وما في صدر الشريعة صح ولهما فسخه

ـــــــــــQالشفقة في القاضي ذخيرة لكن سنذكر في مسألة عضل الأقرب أن تزويج القاضي نيابة عنه فليس لها الخيار ويأتي تمامه هناك (قوله لو عين لوكيله القدر) أي الذي هو غبن فاحش نهر وكذا لو عين له رجلا غير كفء كما بحثه العلامة المقدسي.

مطلب مهم: هل للعصبة تزويج امرأة صغيرة غير كفء له

[تنبيه] : ذكر في شرح المجمع أن تزويج الأب الصغير والصغيرة من غير كفء أو بغبن فاحش جائز عنده لا عندهما ثم قال: وفي المحيط الوكيل بالنكاح إذا زاد أو نقص عن مهر المثل فعلى هذا الاختلاف اهـ وهذا خلاف ما ذكره الشارح تبعا لما في البحر عن القنية. وقد يجاب بأن الوكيل في عبارة شرح المجمع، ليس المراد به وكيل الأب، بل وكيل الزوج أو الزوجة البالغين بقرينة ما في البدائع حيث ذكر الخلاف السابق، ثم قال: وعلى هذا الخلاف التوكيل بأن وكل رجل رجلا بأن يزوجه امرأة فزوجه بأكثر من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس في مثله، أو وكلت امرأة رجلا بأن يزوجها من رجل فزوجها بدون صداق مثلها أو من غير كفء اهـ وقدمناه أيضا عن البزازية، وعليه فلا منافاة فتدبر

(قوله لا يصح النكاح من غير كفء) مثله قول الكنز: ولو زوج طفله غير كفء أو بغبن فاحش صح ولم يجز ذلك لغير الأب والجد، ومقتضاه أن الأخ لو زوج أخاه الصغير امرأة أدنى منه لا يصح وفيه ما مر عن الشرنبلالية من أن الكفاءة لا تعتبر للزوج كما سيأتي في بابها أيضا.

وقدمنا أن الشارح أشار إلى ذلك أيضا وقد راجعت كثيرا فلم أر شيئا صريحا في ذلك؛ نعم رأيت في البدائع مثل ما في الكنز حيث قال: وأما إنكاح الأب والجد الصغير الصغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط عند أبي حنيفة لصدوره ممن له كمال النظر لكمال الشفقة، بخلاف إنكاح الأخ والعم من غير كفء فإنه لا يجوز بالإجماع لأنه ضرر محض اهـ فقوله بخلاف إلخ ظاهر في رجوعه إلى كل من الصغير والصغيرة، وعلى هذا فمعنى عدم اعتبار الكفاءة للزوج أن الرجل لو زوج نفسه من امرأة أدنى منه ليس لعصباته حق الاعتراض، بخلاف الزوجة وبخلاف الصغيرين إذا زوجهما غير الأب والجد هذا ما ظهر لي وسنذكر في أول باب الكفاءة ما يؤيده، والله أعلم قوله أصلا أي لا لازما ولا موقوفا على الرضا بعد البلوغ، قال في فتح القدير: وعلى هذا ابتنى الفرع المعروف: لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لا يصح لأنه لم يكن **عقدا موقوفا** إذ لا مجيز له فإن العم ونحوه لم يصح منهم التزويج بغير الكفء اهـ. قال في البحر: ولذا ذكر في الخانية وغيرها أن غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة فالأحوط أن يزوجها مرتين مرة بمهر مسمى ومرة بغير التسمية لأنه لو كان في التسمية نقصان فاحش ولم يصح النكاح الأول يصح الثاني. اهـ. وليس للتزويج من غير كفء حيلة كما لا يخفى اهـ (قوله صح ولهما فسخه) أي بعد بلوغهما، والجملة قصد بها لفظهما مرفوعة المحل على أنها بدل من ما أو محكية بقول محذوف أي قائلا.

وقوله: وهم خبر عن ما، وعبارة صدر الشريعة في متنه: وصح إنكاح الأب والجد الصغير والصغيرة بغبن فاحش ومن غير كفء لا غيرهما. وقال في شرحه: أي لو فعل الأب أو الجد عند عدم الأب لا يكون للصغير والصغيرة حق الفسخ بعد

البلوغ، وإن فعل غيرهما فلهما أن يفسخا بعد البلوغ. اهـ. ولا يخفى أن الوهم في عبارة الشرح وقد نبه على وهمه ابن الكمال، وكذا المحقق التفتازاني في التلويح في بحث العوارض، وذكر أنه." (١)

"فلو لم تعلم به حتى ارتدا ولحقا فعلمت ففسخت صح إلا إذا قضى باللحاق وليس هذا حكما بل فتوى كافي (ولا يتوقف على القضاء) ولا يبطل بسكوت ولا يثبت لغلام ويقتصر على مجلس كخيار مخيرة، بخلاف خيار البلوغ في الكل خانية.

(نكح عبد بلا إذن فعتق) أو باعه فأجاز المشتري (نفذ) لزوال المانع (وكذا) حكم (الأمة ولا خيار لها)

ـــــــQثم إذا علمت يبطل بما يدل على الإعراض في مجلس العلم كخيار المخيرة، ولو جعل لها قدرا على أن تختاره فقلت سقط خيارها كما في النهر. زاد في تلخيص الجامع ولا شيء لها؛ لأنه حق ضعيف فلا يظهر في حق الاعتياض كسائر الخيارات والشفعة والكفالة بالنفس، بخلاف خيار العيب.

(قوله فلو لم تعلم به) قال في البحر عن المحيط: إذا زوج عبده أمته ثم أعتقها فلم تعلم أن لها الخيار حتى ارتدا ولحقا بدار الحرب ورجعا مسلمين ثم علمت بثبوت الخيار أو علمت بالخيار في دار الحرب فلها الخيار في مجلس العلم. اهـ. ح وكذا الحربية إذا تزوجها حربي ثم أعتقت خيرت سواء علمت في دار الحرب أو في دارنا بعد الإسلام نهر.

(قوله إلا إذا قضى باللحاق) أي فلا يصح فسخها لعودها رقيقة بالحكم بلحاقها لأن الكفار في دار الحرب كلهم أرقاء وإن كانوا غير مملوكين لأحد كما يأتي أول العتاق. اهـ. ح، وأقره ط والرحمتي.

قلت: ما يأتي محمول على الحربي إذا أسر فهو رقيق قبل الإحراز بدارنا وبعده رقيق ومملوك كما سيأتي هناك وهو صريح ما قدمناه أول هذا الباب فالظاهر أن علة عدم صحة الفسخ كون الحكم باللحاق موتا حكميا يسقط به التصرفات الموقوفة على الإسلام فيسقط به حق الفسخ الذي هو حق مجرد بالأولى، ثم رأيت في شرح التلخيص علل بما قلته، فلله تعالى الحمد.

(قوله وليس هذا حكما) جواب سؤال تقديره كيف حكمتم بصحة فسخ من في دار الحرب وأحكامنا منقطعة عنهم ح.

(قوله بل فتوى) أي إخبار عند السؤال عن الحادثة ط.

(قوله ولا يتوقف) أي الفسخ بخيار العتق لا يتوقف على قضاء القاضي (قوله ولا يبطل بسكوت) أي ولو كانت بكرا بل لا بد من الرضا صريحا أو دلالة ط.

(قوله ولا يثبت لغلام) أي لعبد ذكر لأنه ليس فيه زيادة ملك عليه، بخلاف الأمة ولأنه يملك الطلاق فلا حاجة إلى الفسخ

(قوله ويقتصر على مجلس) أي مجلس العلم ويمتد إلى آخره، فإذا قامت بطل.

(قوله كخيار مخيرة) أي من قال لها زوجها اختاري نفسك فإنها تختار ما دامت في المجلس (قوله بخلاف خيار البلوغ في الكل) أي في كل الخمسة المذكورة، فإن الجهل فيه ليس بعذر، ويتوقف على القضاء ويبطل بسكوتها بعد علمها بالنكاح،

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦٨/٣

ويثبت للأنثى والغلام ولا يمتد إلى آخر المجلس إن كانت بكرا، ولو ثيبا فوقته العسر إلى وجود الرضا صريحا أو دلالة كما في الغلام إذا بلغ.

(قوله نكح عبد بلا إذن) قيد بالنكاح لأنه لو اشترى شيئا فأعتقه المولى لا ينفذ الشراء بل يبطل لأنه لو نفذ عليه بتغير المالك بحر.

(قوله فعتق) بفتح أوله مبنيا للفاعل ولا يجوز ضمه بالبناء للمفعول لأنه لازم أبو السعود عن الحموي ط.

(قوله أو باعه) أي مثلا والمراد انتقال الملك إلى آخر بشراء أو هبة أو إرث.

(قوله فأجاز المشتري) أي أجاز النكاح الواقع عند المالك الأول.

(قوله لزوال المانع) لأن المانع من النفاذ كان حق المولى وقد زال لما خرج عن ملكه (قوله وكذا حكم الأمة) أطلقها فشمل القنة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة، لكن في المدبرة وأم الولد تفصيل يأتي بحر، وهذا في الأمة إذا أعتقت، أما لو مات عنها أو باعها فإن كان المالك الثاني لا يحل له وطؤها فكالعبد، وإلا فإن كان الزوج لم يدخل بها بطل **العقد الموقوف** لطرو الحل البات عليه، وإن كان دخل ففي ظاهر الرواية كذلك لبطلان الموقوف باعتراض الملك الثاني وإن كان ممنوعا من غشيانها، وتوضيحه في البحر.

(قوله ولا خيار لها) أي للأمة، أما العبد فلا خيار له أصلا وإن نكح." (١)

"بالكلية (كالعتق) والحرية الأصلية (ونحوه) كتدبير وكتابة (و) ثانيهما (ناقل له) من شخص إلى آخر (كالاستحقاق به) أي بالملك بأن ادعى زيد على بكر أن ما في يده من العبد ملك له وبرهن (والناقل لا يوجب فسخ العقد) على الظاهر لأنه لا يوجب بطلان الملك (والحكم به حكم على ذي اليد وعلى من تلقى) ذو اليد (الملك منه)

ـــــــQفالأمر مستحق بالفتح اسم مفعول، ومنه خرج المبيع مستحقا اهـ فأشار إلى أن معناه الشرعي موافق للغوي، وهو كون المراد بالاستحقاق ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير

(قوله بالكلية) أي بحيث لا يبقى لأحد عليه حق التمليك منح ودرر، والمراد بالأحد أحد الباعة مثلا لا المدعي فإن له حق التملك في المدبر والمكاتب والاستحقاق فيهما من المبطل كما ذكره بعد ط (قوله والناقل لا يوجب فسخ العقد) بل يوجب توقفه على إجازة المستحق كذا في النهاية وتبعه الجماعة.

واعترضه شارح بأن غايته أن يكون بيع فضولي، وفيه إذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد، وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا، والمفسوخ لا تلحقه إجازة. قال في الفتح: وما في النهاية هو المنصور وقوله إثبات الاستحقاق دليل على عدم الرضا أي بالبيع ليس بلازم لجواز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجانا، وذلك لأنه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر في يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بد له فإثباته ليحصل أحدهما إما العين أو البدل بأن يجيز ذلك البيع. ثم اعلم أنه اختلف في البيع متى ينفسخ؟ فقيل إذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء، والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ١٧٨/٣

المشتري على بائعه بالثمن، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضي له أو بعدما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح. وقال الحلواني: الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء، وفي الزيادات روي عن الإمام أنه لا ينقض ما لم يأخذ العين، بحكم القضاء وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الأصل اهـ ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ، لأنه ذكر فيها أيضا أنه ليس للمشتري الفسخ بلا قضاء أو رضا البائع لأن احتمال إقامة البائع البينة على النتاج ثابت إلا إذا قضى القاضي فيلزم فيفسخ، وتمامه في الفتح. فقد اختلف التصحيح فيما ينفسخ به العقود، ويأتي قريبا عن الهداية أنه لا ينتقض في ظاهر الرواية ما لم يقض على البائع بالثمن، ويمكن التوفيق بين هذه الأقوال بأن المقصود أنه لا ينتقض بمجرد القضاء بالاستحقاق، بل يبقى **العقد موقوفا** بعده على إجازة المستحق، أو فسخه على الصحيح، فإذا فسخه صريحا فلا شك فيه، وكذا لو رجع المشتري على بائعه بالثمن وسلمه إليه، لأنه رضي بالفسخ، وكذا لو طلب المشتري من القاضي أن يحكم على البائع بدفع الثمن، فحكم له بذلك أو تراضيا على الفسخ، ففي ذلك كله ينفسخ العقد فليس المراد من هذه العبارات حصر الفسخ بواحد من هذه الصور، بل أيها وجد بعد الحكم بالاستحقاق انفسخ العقد هذا ما ظهر لي في هذا المقام.

بقي شيء: وهو أنه يثبت للبائع الرجوع على بائعه بالثمن، وإن كان قد دفع الثمن إلى المشتري بلا إلزام القاضي إياه وهذا مذهب محمد وعليه الفتوى خلافا لأبي يوسف كما في الحامدية ونور العين عن جواهر الفتاوى (قوله لأنه لا يوجب بطلان الملك) أي ملك المشتري لأن الاستحقاق أظهر توقف العقد على إجازة المستحق أو فسخه كما علمت (قوله حكم على ذي اليد) حتى يؤخذ المدعى من يده درر، وهذا إذا كان خصما فلا يحكم على مستأجر ونحوه (قوله وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه) هذا مشروط بما إذا ادعى ذو اليد الشراء منه. ففي البحر عن الخلاصة: إذا قال المشتري في جواب دعوى الملك هذا ملكي لأني شريته من فلان صار البائع مقضيا عليه ويرجع المشتري عليه بالثمن: أما إن قال في الجواب ملكي ولم يزد عليه لا يصير البائع مقضيا عليه والإرث كالشراء نص عليه في الجامع الكبير.." [1]

"للصبي في التجارة فهو في الشراء والبيع كالعبد المأذون، إذا كان يعقل البيع والشراء.

كتاب المزارعة.

– قال أبو حنيفة رحمه الله: المزارعة بالثلث والربع باطلة، وقال أبو يوسف ومحمد: جائزة،

كما سيأتي (للصبي في التجارة فهو في) الدائر بين النفع والضر، مثل (الشراء والبيع كالعبد المأذون، إذا كان يعقل البيع والشراء) ؛ لأن الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث أنه مميز، ويشبه الطفل الذي لا عقل له من حيث إنه لم يتوجه عليه الخطاب، وفي عقله قصور، وللغير عليه ولاية، فألحق بالبالغ في النافع المحض، وبالطفل في الضار المحض، وفي الدائر بينهما بالطفل عند عدم الإذن وبالبالغ عند الإذن؛ لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الإذن، ولكن قبل الإذن يكون **منعقدا**

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ١٩١/٥

موقوفا على إجازة الولي؛ لأن فيه منفعة؛ لصيرورته مهتديا إلى وجوه التجارات كذا في الدرر.

كتاب المزارعة.

مناسبته للمأذون أن كلا من العبد المأذون والمزارع عامل في ملك الغير.

والمزارعة – وتسمى المخابرة، والمحاقلة – لغة: مفاعلة من الزرع، وفي الشريعة: عقد على الزرع ببعض الخارج كما في الهداية.

(قال) الإمام (أبو حنيفة: المزارعة بالثلث والربع) والأقل والأكثر (باطلة) :

لما روى أنه عليه الصلاة والسلام (نهى عن المخابرة)

ولأنها استئجار ببعض الخارج، فيكون في معنى قفيز الطحان، ولأن الأجر مجهول أو معدوم، وكل ذلك مفسد، ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة كما في الهداية.

وتقييد المصنف بالثلث والربع باعتبار العادة في ذلك (وقال أبو يوسف ومحمد) هي (جائزة) لما روى أنه صلى الله عليه وسلم (عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج." [1]

"قال للقاضي حال حياته ضاع أو أنفقته عليه لا يضمن.

اهـ.

فتأمل.

قوله: (ومنها سلطان أودع الخ) وذلك إنما يكون قبل القسمة.

أقول: وكذا إذا مات مجهلا أموال اليتيم عنده كما في العمادية.

قال ط ومنها: الوصي إذا مات مجهلا فلا ضمان عليه كما في جامع الفصولين ومنها: الاب إذا مات مجهلا مال ابنه.

ومنها: إذا مات الوارث مجهلا ما أودع عند مورثه، وهذه لم يعزها صاحب الاشباه لاحد.

ومنها: إذا مات مجهلا ما ألقته الريح في بيته.

ومنها: إذا مات مجهلا لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه كذا في الاشباه.

قال السيد الحموي: والصواب بغير أمره كما في شرح الجامع، إذ يستحيل تجهيل ما لا يعلمه.

ومنها: إذا مات الصبي مجهلا لما أودع عنده محجورا لانه لم يلتزم الحفظ وهي الستة تمام العشرة، وكذلك إذا بلغ ثم مات إلا أن يشهدوا أنها في يده بعد البلوغ لزوال المانع وهو الصبا، والمعتوه كالصبي في ذلك.

وذكر البيري أنه إذا مات الصبي بعد البلوغ ولم يدر متى هلكت الوديعة ولم يعلم كيف حالها لم يوجب القاضي ضمانا في ماله **بالعقد الموقوف** حتى يقيم المدعى بينة يشهدون أنهم رأوها في يده بعد البلوغ اهـ.

قوله: (وليس منها مسألة أحد المتفاوضين) ذكر محمد في كتاب شركة الاصل مسألة رابعة،

---

(١) اللباب في شرح الكتاب الميداني، عبد الغني ٢/٢٢٨

وهي أن أحد المتفاوضين إذا مات ولم يبين المال الذي كان في يده لم يضمن نصيب شريكه كما في المنبع نقلا عن تهذيب الواقعات للحسام الشهيد.

وهكذا في الولوالجية.

ولكن في فتاوى قاضيخان: وأما أحد المتفاوضين إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذي كان عنده فمات، ذكر بعض الفقهاء أنه لا يضمن وأحاله إلى شركة الاصل وذلك غلط، بل الصحيح أنه يضمن نصيب صاحبه انتهى.

والعلامة الكمال بن الهمام قال في كتاب الشركة: الامين إذا مات مجهلا يضمن إلا في ثلاث، وجعل عدم ضمان المفاوض منها، ثم صرح في كتاب الوقف بأن المستثنى ثلاث وسكت عن ضمان المفاوض وأورد بدله غيره فليوفق.

أقول: من الله التوفيق، وغايته الحمل على اختلاف الروايتين.

ولكن بدفعه تغليط قاضيخان عدم الضمان ويصحح ضمان نصيب صاحبه، ويدل عليه ما نصه في القنية: مات أحد المتفاوضين ومال الشركة ديون على الناس ولم يبين ذلك بل مات مجهلا يضمن، كما لو مات مجهلا للعين انتهى.

فظهر أن هذا هو المذهب وأن ما ذكره المحقق الكمال ضعيف.

قال المصنف تبعا للبحر: وأما أحد المتفاوضين إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذي كان عنده فمات ذكر بعض الفقهاء أنه لا يضمن وأحاله إلى شركة الاصل وذلك غلط، بل الصحيح أنه يضمن نصيب صاحبه، كذا في الخانية من الوقف.

وبه يتضح أن ما في الفتح وبعض الفتاوى ضعيف وأن الشريك يكون ضامنا بالموت عن تجهيل عنانا أو مفاوضة ومال المضاربة مثل الشركة إذا مات المضارب مجهلا لمال المضاربة أو للمشتري بمالها.

قال في البزازية من النوع الخامس عشر في أنواع الدعاوى ما نصه: وفي دعوى مال الشركة." (١)

"أخرجه عبد الرزاق في مصنفه وهو مرسل وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى وهو ضعيف والأولى ما ذهب إليه الجمهور لأن حديث عمرو بن شعيب قد ورد من طرق يقوي بعضها بعضا ولأنه يتضمن الحظر وهو أرجح من الإباحة والعلة في النهي عنه اشتماله على شرطين فاسدين أحدهما شرط كون ما دفعه إليه يكون مجانا إن اختار ترك السلعة والثاني شرط الرد على البائع إذا لم يقع منه الرضا بالبيع انتهى

قال المنذري وأخرجه بن ماجه وهذا منقطع وأخرجه بن ماجه مسندا وفيه حبيب كاتب الإمام مالك رحمه الله وعبد الله بن عامر الأسلمي ولا يحتج بهما

انتهى

قال الزرقاني ومن قال حديث منقطع أو ضعيف لا يلتفت إليه ولا يصح كونه منقطعا بحال إذ هو ما سقط منه الراوي قبل الصحابي أو ما لم يتصل وهذا متصل غير أن فيه راويا مبهما انتهى

---

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٤٨٦/٨

٤ - (باب في الرجل يبيع ما ليس عنده)

[٣٥٠٣] (فيريد مني البيع) أي المبيع كالصيد بمعنى المصيد (ليس عندي) حال من البيع (أفأبتاعه) أي اشتريه (لا تبع ما ليس عندك) أي شيئا ليس في ملكك حال العقد

في شرح السنة هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات فلذا قيل السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط ويجوز وإن لم يكن في ملكه حال العقد وفي معنى ما ليس عنده في الفساد بيع العبد الآبق وبيع المبيع قبل القبض وفي معناه بيع مال غيره بغير إذنه لأنه لا يدري هل يجيز مالكه أم لا وبه قال الشافعي رحمه الله

قال جماعة يكون **العقد موقوفا** على إجازة المالك وهو قول مالك وأصحاب أبي حنيفة وأحمد رحمهم الله كذا في المرقاة

قال المنذري وأخرجه الترمذي والنسائي وبن ماجه وقال الترمذي حسن

[٣٥٠٤] (حدثني عمرو بن شعيب) أي بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص (حدثني أبي." [١]

"(باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده)

[١٢٣٢] قوله (أبتاع له من السوق) بتقدير همزة الاستفهام أي أأشتري له من السوق وفي رواية أبي داود أفأبتاع له من السوق (ثم أبيعه) لم يقع هذا اللفظ في رواية أبي داود ولا في رواية النسائي ولا في رواية بن ماجه

والظاهر أنه ليس على معناه الحقيقي بل المراد منه التسليم

ومقصود السائل أنه هل يبيع ما ليس عنده ثم يشتريه من السوق ثم يسلمه للمشتري الذي اشترى له منه (قال لا تبع ما ليس عندك) أي شيئا ليس في ملكك حال العقد

في شرح السنة هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات فلذا قيل السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط يجوز وإن لم يكن في ملكه حال العقد

وفي معنى ما ليس عنده في الفساد بيع العبد الآبق وبيع المبيع قبل القبض وفي معناه بيع مال غيره بغير إذنه لأنه لا يدري هل يجيز مالكه أم لا وبه قال الشافعي رحمه الله

وقال جماعة يكون **العقد موقوفا** على إجازة المالك

وهو قول مالك وأصحاب وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله كذا في المرقاة

[١٢٣٣] قوله (أن أبيع ما ليس عندي) فيه وفي قوله لا تبع ما ليس عندك

دليل على تحريم بيع ما ليس في ملك الإنسان ولا داخلا تحت مقدرته

وقد استثني من ذلك السلم فتكون أدلة جوازه مخصصة لهذا العموم

---

(١) عون المعبود وحاشية ابن القيم العظيم آبادي، شرف الحق ٢٩١/٩

قوله (هذا حديث حسن) وأخرجه أبو داود والنسائي وبن ماجه ونقل المنذري تحسين الترمذي وأقره قوله (وفي الباب عن عبد الله بن عمرو) وأخرجه الترمذي في هذا الباب [١٢٣٤] قوله (لا يحل سلف) بفتحتين." [(١)]

". . . . .

يبطل إذا صرحت بأنها رضيت بالزوج أو مكنته من نفسها أو قبلته أو لامسته، فلو ادعت أنها مكنته من ذلك كرها صدقت لأن الظاهر يصدقها، ومثل الصغيرة الثيب والغلام الصغير إذا زوجه غير الأب والجد من امرأة ليست بكفء له فلو زوج الأخ مثلا أخاه من امرأة أدنى منه فإن له خيار الفسخ عند البلوغ كالصغيرة والثيب.

ومن هذا يتضح أن الكفاءة وإن كانت لا تعتبر من جانب الرجل ولكنها تعتبر إذا كان صغيرا.

هذا وإذا رأت الصغيرة الدم في جوف الليل حيث لا يمكنها إحضار الشهود فإن عليها أن تختار نفسها فورا وتفسخ العقد ثم تشهد بمجرد طلوع النهار ولكنها لا تصرح بأنها رأت الدم ليلا بل تقول لهم: اشهدوا بأنني بمجرد أن بلغت فسخت العقد، أو تقول اشهدوا بأنني بالغة الآن وقد فسخت العقد بمجرد البلوغ ولا تقول: أنني بلغت ليلا إذ لو قالت ذلك بطل اختيارها. ولا يخفى أن هذه حالة ضرورة.

هذا وليس للوصي أن يزوج الصغير والصغيرة سواء أوصى له الأب بزواجهما أو لم يوص. وقد عرفت أنه إذا لم يكن لها ولي من العصب أو ذوي الأرحام كان وليها السلطان أو القاضي المأذون بتزويج الصغيرة من السلطان، فإذا زوجت نفسها في جهة بها قاض انعقد **العقد موقوفا** على إجازة القاضي، وقيل لا ينعقد ويتوقف على إجازتها بعد بلوغها. أما البالغة سواء كانت بكرا أو ثيبا فلا جبر عليها لأحد ولا يتوقف نكاحها على ولي بل لها أن تزوج نفسها لمن تشاء بشرط أن يكون كفأ وإلا فللولي الاعتراض وفسخ العقد إذا زوجت نفسها من غير كفء. وإلا فللأقرب منهم حق الفسخ، فإذا زوجها الولي فإنه يسن له أن يستأذنها بأن يقول لها: فلان يخطبك ونحو ذلك فإن زوجها بغير استئذان خالف السنة، ويصح **العقد موقوفا** على رضاها.

ولا يشترط في البكر أن تصرح بالقبول بل يكفي أن يصدر منها ما يدل على الرضا كأن تسكت أو تبتسم أو تضحك غير مستهزئة أو تبكي بكاء الفرح، أما إذا ظهر منها ما يدل على عدم الرضا كأن تضرب وجهها أو نحو ذلك فإنه لا يكون رضا، هذا إذا زوجها الولي أو وكيله أو رسوله أو زوجها الولي ثم أخبرها رسوله أو أخبرها شخص أجنبي فضولي بشرط أن يكون عدلا فصدر منها ما يدل على الرضا على الوجه المتقدم فإنه يعتبر إجازة للعقد، أما إذا زوجها غير الولي من غير إذنها ورضاها – وهو نكاح الفضولي – ثم بلغها الخبر بالصورة المتقدمة فإن إجازة العقد لا يكفي فيها سكوتها بل لابد أن يصدر منها ما يدل على الرضا دلالة صريحة من قول أو فعل، ودلالة الفعل هي أن تطلب مهرها أو تقبل التهنئة بالسكوت أو الرد عليها، أو تمكن الزوج من الدخول والوطء أو نحو ذلك. ومثل البكر التي زوجها غير الولي الثيب التي زوجها الولي أو غيره فإنه لابد فيها من التصريح بالقول أو ما في معناه.

---

(١) تحفة الأحوذي عبد الرحمن المباركفوري ٤/٣٦٠

والبكر اسم لامرأة لم تجامع أصلا، ويقال لها: بكر حقيقة فمن زالت بكارتها بوثبة أو حيض قوي أو جراحة أو كبر فإنها بكر حقيقة، ومثلها من تزوجت بعقد صحيح أو فاسد ولكن طلقت أو مات عنها زوجها قبل الدخول والخلوة أو فرق بينهما القاضي بسبب كون زوجها عنينا أو مجبوبا فإنها بكر." (١)

"الفسخ الرضائي والفسخ الجبري بطريق القضاء

فرقة الفسخ: منها مايتوقف على القضاء، ومنها مالا يتوقف عليه

الفسخ لعدم إجازة **العقد الموقوف**

الفسخ بسبب الاستحقاق

الاستحقاق بالنسبة لفسخ العقد نوعان:

مايقبل الفسخ ومالا يقبل

العقود اللازمة للطرفين

العقود الجائزة غير اللازمة للطرفين

العقد اللازم لطرف دون آخر

حالات فسخ العقود وحالات عدم الفسخ

فسخ عقد البيع:

فسخ عقد الإيجار

حالات عدم الفسخ

فروق بين الفسخ وغيره

بعض أسباب الفسخ

متى يجوز عدم تنفيذ العقد أو ماهي شروط الدفع بعدم التنفيذ

آثار الفسخ (أحكامه)

١ - انتهاء العقد بالفسخ

٢ - أثر الفسخ في الماضي (الأثر المستند والمقتصر) والمستقبل

ملحق - ما اقتبسه القانون المدني المعاصرمن الفقه الإسلامي

مدى الاعتماد على الشريعة في القانونين المصري والسوري

بعض المبادئ والنظريات العامة المقتبسة من الفقه الإسلامي." (٢)

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة عبد الرحمن الجزيري ٣٤/٤

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٢٤٣٧/٤

"فإذا كان وكيلا بالبيع بثمن ما، فباع بأقل، لا ينفذ، لأنه خلاف إلى شر، وإن باع بأكثر، نفذ، لأنه خلاف إلى خير، وإذا وكل بالبيع نقدا فباع مؤجلا لم ينفذ إلا بإجازة الموكل، وإذا وكل بالبيع مؤجلا فباع نقدا، نفذ.

وإن كان الوكيل مطلق التصرف: فيعمل عند أبي حنيفة بمقتضى الإطلاق، فله أن يبيع بأي ثمن كان، قليلا أو كثيرا، حتى بالغبن الفاحش، عاجلا أو آجلا، كما أوضحت سابقا، عملا بإطلاق الحرية للوكيل بالتصرف.

وقال الصاحبان وبرأيهما يفتى، وبقية الأئمة الثلاث: يتقيد الوكيل المطلق بالمتعارف، فلا يبيع إلا بالنقود المتداولة، وبمثل القيمة، وبالمعجل، فلا يبيع بالأعيان، ولا بما لا يتغابن الناس فيه عادة، أي بالغبن اليسير، ولا بالنسيئة المؤجلة (١).

وفي حال المخالفة يكون **العقد موقوفا** على إجازة الموكل عند الحنفية، باطلا عند الشافعية.

وليس للوكيل بالبيع عند أبي حنيفة أن يبيع لنفسه ولا لزوجته وأبيه وجده وولده وسائر من لا تقبل شهادته له؛ لأنه متهم في ذلك بمراعاة مصلحته أو إيثار العين المبيعة لأقاربه.

وقال الصاحبان: يجوز له أن يبيع لهؤلاء لا لنفسه بمثل القيمة أو أكثر؛ لأن التوكيل مطلق، والبيع لأحد من هؤلاء أو غيرهم سواء، ولا تهمة هنا؛ لأن ملكه وأملاكهم متباينة، فالمنافع منقطعة فيما بينهم (٢).

---

(١) المراجع السابقة في بحث الوكالة المقيدة والمطلقة.

(٢) البدائع: ٢٨/ ٦، تكملة فتح القدير: ٦٧/ ٦ ومابعدها، رد المحتار: ٤٢٤/ ٤، مجمع الضمانات: ص ٢٦١.." [(١)]

"أولا ـ بعموم الآيات القرآنية الدال على مشروعية البيع، مثل قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة:٢٧٥/ ٢] والفضولي كامل الأهلية، فإعمال عقده أولى من إهماله، وربما كان في العقد مصلحة للمالك، وليس فيه أي ضرر بأحد؛ لأن المالك له ألا يجيز العقد، إن لم يجد فيه فائدة.

ثانيا ـ بما ثبت ـ في الحديث المتقدم في الوكالة ـ أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عروة البارقي ـ أحد أصحابه ـ دينارا ليشتري له به شاة، فاشترى شاتين بالدينار، وباع إحداهما بدينار، وجاء للنبي صلى الله عليه وسلم بدينار وشاة، فقال له «بارك الله لك في صفقة يمينك» فشراء الشاة الثانية وبيعها لم يكن بإذن النبي عليه السلام، وهو عمل فضولي جائز بدليل إقرار الرسول له.

وخلاصة هذا الرأي: أن الملكية أو الولاية هي من شروط نفاذ التصرف، فإذا لم يكن العاقد مالكا ولا ولاية له، كان **العقد موقوفا**.

الرأي الثاني ـ للشافعية والحنابلة والظاهرية (١): تصرف الفضولي باطل، لا يصح ولو أجازه صاحب الشأن؛ لأن الإجازة تؤثر في عقد موجود، وهذا العقد لا وجود له منذ نشأته، فلا تصيره الإجازة موجودا. واستدلوا بما يأتي:

أولا ـ بأن تصرف الفضولي تصرف فيما لا يملك، وتصرف الإنسان فيما لا يملكه منهي عنه شرعا، والنهي يقتضي عدم مشروعية المنهي عنه عندهم، وذلك في قوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» (٢) أي ما

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٠٠٤/٤

ليس مملوكا لك،

---

(١) المجموع للنووي: ٢٨١/ ٩، ٢٨٤ ومابعدها، مغني المحتاج: ١٥/ ٢، كشاف القناع: ١١/ ٢ ومابعدها، القواعد لابن رجب: ص ٤١٧، غاية المنتهى: ٨/ ٢، المحلى: ٥٠٣/ ٨، م ١٤٦٠.

(٢) نص الحديث كما رواه أحمد: «إذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه». وجاء في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فيما رواه الخمسة: «لا يحل سلف ولا بيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك» (نيل الأوطار: ١٥٧/ ٥، سبل السلام: ١٦/ ٣).." [(١)]

"١ – أن يكون للعقد مجيز (١) حالة إنشاء العقد: أي أن يكون صاحب الشأن مستطيعا إصدار العقد بنفسه، فإن لم يكن كذلك وقع العقد باطلا من مبدأ الأمر، وعلى هذا إذا طلق فضولي امرأة زوج بالغ عاقل، أو وهب ماله، أو باعه بغبن فاحش، انعقد التصرف موقوفا على الإجازة؛ لأن صاحب الشأن كان يستطيع أن يصدر هذه التصرفات بنفسه، فيستطيع إجازتها بعد وقوعها، فكان للتصرف مجيز حالة إنشائه.

أما لو فعل فضولي شيئا من هذه التصرفات بالنسبة لصغير، فلا ينعقد التصرف أصلا؛ لأن الصغير ليس أهلا لهذه التصرفات الضارة، فلا يكون أهلا لإجازتها، فلم يكن لها مجيز حين نشوء التصرف.

فإن كان التصرف قابلا لإجازة ولي الصغير كالبيع بمثل القيمة أو أكثر، وكان للصغير ولي، انعقد موقوفا على إجازته، أو على إجازة الصغير بعد البلوغ.

٢ – أن تكون الإجازة حين وجود العاقدين (الفضولي والطرف الآخر) والمعقود عليه وصاحب الشأن: فلو حصلت الإجازة بعد هلاك واحد من هؤلاء الأربعة، بطل التصرف، ولم تفد الإجازة شيئا؛ لأن الإجازة تؤثر في التصرف، فلابد من قيام التصرف، وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه.

٣ – ألا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن: مثل بيع ملك الغير أو إجارته، سواء أضاف العقد لنفسه أم لصاحب المال، ومثل شراء شيء لغيره أو استئجار شيء لغيره وأضاف العقد لذلك الغير. ففي كل هذه الحالات يكون **العقد موقوفا**.

---

(١) المجيز: هو صاحب المصلحة والشأن في التصرف، والذي له حق تقرير وإمضاء التصرف أو رفضه.." [(٢)]

"عند الحنفية خلوه من أحد العيوب الستة الآتية: وهي الجهالة، والإكراه، والتوقيت، والغرر (غرر الوصف)، والضرر، والشرط الفاسد (١).

أما الجهالة: فهي الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى نزاع يتعذر حله، وهو النزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٠١٤/٤

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٠١٦/٤

إلى الجهالة. وهي أربعة أنواع: جهالة المبيع أو الثمن جنسا أو نوعا أو قدرا، وجهالة أجل وفاء الثمن، أو مدة خيار الشرط، وجهالة وسائل التوثيق كتقديم كفيل أو رهن مجهولين.

وأما الإكراه بنوعيه الملجئ والناقص فيفسد العقد عند جمهور الحنفية، ويجعل **العقد موقوفا** عند زفر، على التفصيل الذي ذكرسابقا.

وأما التوقيت: فهو تأقيت البيع بمدة شهر أوسنة، فيفسد؛ لأن ملكية العين لا تقبل التأقيت. كذلك يفسد الزواج في حال تأقيته بمدة معينة؛ لأنه مشروع بصفة التأبيد.

وأما غرر الوصف: فهو كبيع بقرة على أنها تحلب كذا رطلا، فهو بيع فاسد؛ لأن المقدار المذكور من الحليب موهوم التحقق، فقد ينقص. وأما غرر الوجود: وهو ماكان المبيع فيه محتملا للوجود والعدم، فيجعل البيع باطلا كما تقدم.

وأما الضرر: فهو كبيع جذع معين من سقف مبني لا يمكن تسليمه إلا بهدم ما حول الجذع، وكبيع ذراع من ثوب يضره التبعيض.

وأما الشرط الفاسد عند الحنفية (٢) فهو كل شرط فيه نفع لأحد المتبايعين، ولم يتعارفه الناس كبيع سيارة على أن يستخدمها شهرا بعد البيع، أو دار على أن

---

(١) رد المحتار: ٦/ ٤، فتح القدير: ٢١٩/ ٥، البدائع: ١٨٨/ ٧.

(٢) الدر المختار: ١٢٧/ ٤.." [١]

"لم يكن مملوكا له بأن كان فضوليا، كان العقد غير نافذ أو موقوفا على إجازة المالك إذا باعه عن مالكه نفسه، أما إن باعه عن نفسه هو، لا عن مالكه نفسه، كان البيع باطلا.

وقد جعل الشافعي وأحمد الملك أو الولاية من شرائط الانعقاد، فتعتبر تصرفات الفضولي باطلة. كما ذكر سابقا.

ثانيا . ألا يكون في محل العقد حق لغير العاقد: فإن تعلق به حق الغير كان **العقد موقوفا** غير نافذ، وتعلق حق الغير له ثلاثة أوجه (١).

١ - أن يكون حق الغير متعلقا بعين المحل المعقود عليه، كبيع ملك الغير وتبرع المريض مرض الموت بما يزيد عن ثلث أمواله، يكون موقوفا على إجازة الورثة.

٢ - أن يكون متعلقا بمالية المحل المعقود عليه دون عينه، كتصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين، تتعلق حقوقهم بمالية أموال المدين لاستيفاء ديونهم، وليست حقوقهم متعلقة بأعيان أمواله، فلو أتى المدين بمال آخر يفيهم به حقوقهم نفذت تصرفاته الموقوفة على إجازتهم.

٣ - أن يكون متعلقا بصلاحية التصرف نفسه، لا بمحله المعقود عليه، كتصرف ناقص الأهلية المحجور عليه إما حجرا شرعيا بسبب الصغر كالمميز، أو حجرا قضائيا بسبب السفه أو الدين المستغرق (المحيط بكل ماله).

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٠٨٠/٤

إن ناقص الأهلية لا يملك التصرف في أمواله، ويكون تصرفه موقوفا على إجازة وليه الشرعي من أب أو جد أو وصي. فإن أجازه نفذ، وإن رده بطل.

(١) الدر المختار: ١٤٦/ ٤، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٤/ ١٩٤.." (١)

"الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد بينهما، كالتزام الرجل بالنفقة، ومسؤولية المرأة عن الطاعة المشروعة.

والنفاذ يقابله التوقف، فيقال: عقد نافذ وعكسه موقوف.

وأهم أنواع **العقد الموقوف** سبعة هي:

عقد المكره، وعقد المميز، وعقد السفيه المحجور عليه، وعقد المدين بدين مستغرق، وتبرع المريض مرض الموت، وعقد الفضولي، وتصرف المرتد عن الإسلام، فإن عقوده في حال ردته موقوفة عند أبي حنيفة، فإذا عاد إلى الإسلام نفذت، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بالتحاقه بطلت.

والإلزام: معناه العام لغة هو إيجاب تنفيذ التزامات التعاقد، عملا بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١/ ٥] ومعناه الخاص فقها: هو إنشاء التزامات متقابلة معينة على العاقدين، كما في البيع، أو إنشاء التزام معين على أحد العاقدين، كما في الوعد بجائزة، وهذا من آثار العقد.

ويختلف الإلزام عن اللزوم. فاللزوم: هو عدم استطاعة فسخ العقد إلا بالتراضي، والتراضي على فسخ العقد يسمى إقالة.

ويكتسب العقد صفة اللزوم عند الحنفية والمالكية بمجرد تمام العقد. وهذا ما أخذ به القانون وجرى عليه القضاء.

وعند الشافعية والحنابلة: لا يكتسب العقد صفة اللزوم إلا بعد انقضاء مجلس العقد، بتفرق العاقدين بأبدانهما، عملا بخيار المجلس الثابت في السنة النبوية، على ما سيذكر في بحث الخيارات.." (٢)

"وإذا كان النهي بسبب أمر مجاور للعقد غير ملازم له وليس شرطا فيه، كان مقتضاه الكراهة للإقدام عليه في هذه الحال كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة.

وعلى هذا فإن غير الصحيح عند الحنفية نوعان: باطل وفاسد.

أما العقد الباطل: فهو ما اختل ركنه أو محله، أو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، كأن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية، كالمجنون وغير المميز، والمميز فيما يضره ضررا محضا، أو أن تكون الصيغة غير سليمة، أو يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعا، كبيع ما ليس بمال، أو ما ليس مالا متقوما كالخمر والخنزير والسمك في الماء، وكبيع شيء من الأموال العامة كجزء من الطريق أو من مشفى أو مسجد، وكالبيع الذي جعل الثمن فيه غير مال أصلا كالميتة (١)، أو الشيء المباح. وفي الزواج كالعقد على إحدى المحارم أو التي لم تنته عدتها من مطلقها، أو المتزوجة بزوج آخر، فكل هذه العقود باطلة.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٠٨٢/٤

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٠٨٥/٤

وحكم الباطل: أنه لا يعد منعقدا أصلا، وإن وجدت صورته في الظاهر، فلا يترتب عليه أي أثر شرعي، فلا يفيد نقل الملكية أصلا، إذ لا يعد موجودا بحال.

وأما العقد الفاسد (٢): فهو ما كان مشروعا بأصله دون وصفه، أي كان

---

(١) إذا كان الفساد يرجع للمبيع فالبيع باطل كبيع الخمر والخنزير والميتة والدم، وإن كان الفساد يرجع للثمن: فإن كان الثمن مالا عند بعض الناس كالخمر والخنزير فالبيع فاسد، وإن كان الثمن ليس مالا أصلا كالميتة والدم فالبيع باطل.

(٢) الفساد مرتبة متوسطة بين البطلان والصحة، وليس له نظير في القوانين. أما البطلان المطلق فيقابل البطلان عند الشرعيين، وأما البطلان النسبي فيقابل **العقد الموقوف** أحيانا وذلك في حال نقص الأهلية أو العقد غير اللازم أحيانا وذلك في حالات عيوب الرضا؛ لأن الباطل بطلانا نسبيا صحيح إلى أن يقضي القاضي بإبطاله بناء على طلب صاحب المصلحة بإبطاله كالمدلس عليه. ويمكن لصاحب المصلحة إجازة الباطل نسبيا.

أما الفاسد في الفقه الحنفي فهو غير صحيح ولا يترتب عليه أثر، ويجب فسخه إما بطلب أحد العاقدين أو بواسطة القاضي بمجرد علمه، لأنه يحمي أحكام الشريعة. ولا يملك أحد إجازة الفاسد.." [١]

"للبائع في رد الثمن، فمات في أثناء المدة يلزم البيع بموته، لأنه تحقق عدم الرد بموته.

وإن كان الخيار للمشتري في نقد الثمن فمات في مدة الخيار، بطل البيع بموته، لأنه تحقق عدم نقد الثمن بموته، فيبطل العقد.

المبحث السابع ـ انتهاء العقد:

ينتهي العقد إما بالفسخ، أو بالموت، أو بعدم الإجازة في **العقد الموقوف**، وانتهاء العقد بالفسخ له حالات. وأما الموت فقد تنتهي به بعض العقود.

انتهاء العقد بالفسخ:

فسخ العقد: قد يكون برفعه من أصله كما في حالة الخيارات وهو الإلغاء، وقد يكون بوضع نهاية له بالنسبة للمستقبل كما في الإعارة والإجارة، وهو الفسخ بالمعنى الشائع.

والفسخ في العقود غير اللازمة واضح، تقرره طبيعة العقد ذاته، سواء في العقود غير اللازمة من الجانبين كالإيداع والإعارة والشركة والوكالة، فلكل من الطرفين الفسخ متى أراد، ما لم يتعلق بالوكالة حق الغير، كما بان في بحث الوكالة، أم في العقود اللازمة من جانب، وغير اللازمة من الجانب الآخر، كالرهن والكفالة، فللمرتهن فسخ الرهن دون رضا الراهن. وللمكفول له وهو الدائن فسخ الكفالة دون رضا المدين.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٠٨٩/٤

وأما الفسخ في العقود اللازمة فله حالات وهي:

١ . الفسخ بسبب فساد العقد: إذا وقع العقد فاسدا كبيع المجهول أو البيع." [١]

"انتهاء العقد بعدم إجازة الموقوف:

ينتهي **العقد الموقوف** إذا لم يجزه صاحب الشأن، كما بان في بحث عقد الفضولي ولا تصح الإجازة كما عرفنا إذا مات الفضولي أو من تعاقد معه، فينتهي العقد حينئذ قبل الإجازة. وللفضولي نفسه فسخ العقد قبل الإجازة دفعا للعهدة عن نفسه (١).

---

(١) البدائع: ١٤٨/ ٥، ١٥١.." [٢]

"٧ – الفسخ بسبب البطلان أو الفساد أو الردة في الزواج.

٨ – الفسخ الرضائي والفسخ الجبري بطريق القضاء.

٩ – الفسخ لعدم إجازة **العقد الموقوف**.

١٠ – الفسخ بسبب الاستحقاق.

. ما يقبل الفسخ وما لا يقبل.

١ – العقود اللازمة للطرفين، كالبيع والإيجار والرهن والصلح والزواج.

٢ – العقود الجائزة غير اللازمة للطرفين، كالإعارة والقرض والإيداع، والوكالة، والشركة، والمقاولة، والهبة عند الحنفية.

٣ – العقد اللازم لطرف دون آخر، كالكفالة والحوالة.

٤ – تصرفات الإرادة المنفردة، كالوصية والجعالة.

. حالات فسخ العقود وحالات عدم الفسخ.

. فروق بين الفسخ وغيره.

١ – الفرق بين الفسخ والانفساخ.

٢ – الفرق بين الفسخ (انحلال العقد) وانقضاء الالتزام.

٣ – الفرق بين الفسخ والإبطال والبطلان والفساد.

٤ – الفسخ وشرط الإلغاء الصريح أو الضمني.

٥ – الفرق بين الشرط الموقف (الواقف) والشرط الفاسخ.

٦ – الفرق بين الفسخ والطلاق، وهل يتوقف فسخ الزواج على القضاء؟." [٣]

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣١٣٢/٤

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣١٣٦/٤

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣١٤٨/٤

"الجمهور، وأبي يوسف الذي يرى أن الفرقة فسخ. وخالف في ذلك أبو حنيفة ومحمد، فلم يريا توقفها على القضاء؛ لأن الفرقة حينئذ طلاق في رأيهما.

٤ – الفرقة بسبب خيار البلوغ لأحد الزوجين عند الحنفية إذا زوجهمافي الصغر غير الأب والجد.

٥ – الفرقة بسبب خيار الإفاقة من الجنون عند الحنفية إذا زوج أحد الزوجين في الصغر غير الأب والجد والابن.

(٥٩) – وأما فرق الفسخ غير المتوقفة على القضاء فهي:

١ – الفسخ بسبب فساد العقد في أصله، كالزواج بغير شهود، والزواج بالأخت.

٢ – الفسخ بسبب اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة.

٣ – الفسخ بسبب ردة الزوج في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف، فإن ارتد الزوجان فلا يفرق بينهما بمجرد الردة في الراجح عند الحنفية.

٤ – الفسخ بسبب خيار العتق للزوجة.

٥ – الفسخ بسبب ملك أحد الزوجين للآخر.

٩ – الفسخ لعدم إجازة **العقد الموقوف**:

(٦٠) – العقد عند الحنفية والمالكية إما نافذ أو موقوف، والنافذ: هو ما صدر ممن له أهلية وولاية على إصداره، كالعقد الصادر من الرشيد في ماله، أو." (١)

"الولي أو الوصي عن القاصر، أو الوكيل عن موكله، وحكمه: أنه تترتب عليه آثاره فور صدوره من غير توقف على إجازة أحد.

والموقوف: هو ما صدر من شخص له أهلية التعاقد، من غير أن يكون له ولاية إصداره، كعقد الفضولي، وعقد الصغير المميز في التصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع ونحوه، والتصرف من الراهن أو المرتهن في الشيء المرهون، والوصية وتبرعات المريض مرض الموت فيما يزيد عن ثلث المال. وحكمه: أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه صاحب الشأن أو الحق الذي يملك إصداره، فإن لم يجزه، بطل العقد. أما الشافعية والحنابلة فقالوا: إنه باطل من الأصل.

(٦١) – وعدم إجازة **العقد الموقوف** ممن له ولاية أو ملك والذي يتوقف نفاذ العقد على رضاه يعد من أسباب انحلال العقد أو فسخه عند القائلين بانعقاده (١).

إن عقود الفضولي (٢) تكون موقوفة على إجازة صاحب الحق، فإن أجازه نفذ، وإلا فسخ واعتبر كأن لم يكن، وعقد الصغير المميز غير المأذون له في التجارة، فيما يتردد بين الضرر والنفع موقوف على إجازة وليه، فإن أجازه نفذ وإلا بطل، وتصرف المدين المحجور عليه أو المدين المفلس موقوف على إجازة الدائنين، وتبرع المريض مرض الموت من هبة أو صدقة

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣١٨٥/٤

فيما زاد عن ثلث تركته موقوف على إجازة الورثة، والوصية من الصحيح فيما يزيد عن ثلث التركة

---

(١) الدر المختار رد المحتار: ٥/ ٤ – ٦، ١٠٤، البدائع: ١٤٨/ ٥ – ١٥٠، ١٥٥، بداية المجتهد: ١٧١/ ٢، فتح القدير مع العناية بهامشه: ٣٠٩/ ٥ ومابعدها، وسيأتي في عقد البيع بحث الموضوع.

(٢) الفضولي في الأصل: من يشتغل بما لا يعنيه أو يعمل عملا ليس من شأنه، واصطلاحا: من يتصرف في شيء أو يعقد عقدا من العقود، دون أن يكون له ولاية ما على القيام به، كبيع ملك الغير أو إجارته.." [١]

"في حماية حقه الخاص. وأما في الفقه فيسمى العقد حينئذ غير لازم أي يجوز فسخه من صاحب الحق بمحض إرادته من غير قضاء إلا في حالة وجود التدليس المتضمن إخفاء عيب (خيار العيب) فيحتاج إلى القضاء لتقدير وجود العيب. وقد يسمى العقد المعيب بعيب (كما في حالة الإكراه) غير نافذ أو موقوفا على الإجازة كما في حالة تجاوز العاقد حدود النيابة المتعارف عليها، إلا أن **العقد الموقوف** لا ينتج أي أثر، أما العقد القابل للإبطال فهوعقد صحيح منتج لآثاره.

وكذلك أخذ القانون المدني بمبدأ مسؤولية عديم التمييز عن أعماله غير المشروعة التي تسبب ضررا للغير، مسايرة لمبادئ الشريعة الإسلامية التي توجب تعويض الضرر الواقع باعتباره واقعة مادية، ولو لم يتوفر عنصر الخطأ أحد أركان المسؤولية المدنية التقصيرية، وهو ما تقرره نظرية تحمل التبعة التي لا تقيم المسؤولية على أساس فكرة الخطأ، وإنما تكتفي بمراعاة مبدأ «الغرم بالغنم». وقد نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة (٢/ ١٦٥): «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيا في ذلك مركز الخصوم» أي أن هذه المسؤولية لغير المميز تتميز بأنها مشروطة، ومسؤولية مخففة أي في حدود التعويض العادل (١).

وبهذا يكون ولي القاصر بصفة عامة هو المسؤول عن عمل القاصر أو المجنون على أساس الخطأ المفترض أو التقصير في الرقابة (راجع المادة ١٧٤).

وسألقي الضوء إجمالا على هذه المبادئ والنظريات والأحكام التفصيلية المستمدة من الفقه الإسلامي، تاركا الشرح لفقهاء القانون المدني الذين يبينون عادة منشأ هذه الأحكام، وموطن استمداد المشرع لها.

---

(١) الوسيط للسنهوري: ص ٦٣، النظرية العامة للالتزام للدكتور وحيد سوار: ٧٠/ ٢.." [٢]

"المبحث الثاني ـ شروط البيع يجب أن يتوافر في عقد البيع أربعة أنواع من الشروط وهي: شروط انعقاد، وشروط صحة، وشروط نفاذ، وشروط لزوم (١)، والقصد من هذه الشروط في الجملة منع وقوع المنازعات بين الناس، وحماية مصالح العاقدين، ونفي الغرر (أي الاحتمال) والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة، فإذا اختل شرط الانعقاد كان العقد

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣١٨٦/٤

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٢٢٨/٤

باطلا، وإذا اختل شرط الصحة كان العقد عند الحنفية فاسدا، وإذا لم يتوافر شرط النفاذ كان **العقد موقوفا** على الإجازة ولا تنتقل به الملكية إلا بالإجازة، وإذا انعدم شرط اللزوم كان العقد مخيرا فيه أي مشتملا على خيار الإمضاء أو الإبطال.

أولا – شرائط الانعقاد: وهي ما يشترط تحققه لاعتبار العقد منعقدا شرعا، وإلا كان باطلا. وقد اشترط الحنفية لانعقاد البيع أربعة أنواع من الشروط: في العاقد، وفي نفس العقد، وفي مكانه، وفي المعقود عليه (٢).

أما ما يشترط في العاقد فهو شرطان:

١ – أن يكون العاقد عاقلا أي مميزا، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي غير العاقل.

ولا يشترط البلوغ عند الحنفية، فيصح تصرف الصبي المميز البالغ من العمر سبع سنوات كما سيأتي تفصيله، وفي الجملة: إن تصرفات الصبي المميز العاقل تنقسم عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام:

آ. التصرفات النافعة نفعا محضا: كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد

---

(١) راجع التفصيل في حاشية ابن عابدين: ٤ ص ٥ ومابعدها.

(٢) انظر أيضا البدائع: ٥ ص١٣٥ ومابعدها، ٢ ص ٣٣٢، حاشية ابن عابدين: ٢ ص ٤٤٨.." (١)

"وقال أبو حنيفة والمالكية (١): إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، كالعقد على سلعة متقومة وخمر، أو خنزير، أو غيرهما، فالصفقة كلها باطلة. وقال الصاحبان: يصح العقد في الصحيح، ويفسد في الفاسد. ومنشأ الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه هو: أن الصفقة إذا اشتملت على الصحيح والفاسد يتعدى الفساد إلى الكل عند أبي حنيفة. وأما عند الصاحبين فلا يتعدى الى الصحيح، وإنما يقتصر أثر الفساد على الفاسد.

ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة، صح البيع فيهما، ويلزم البيع فيما يملكه المالك، ويتوقف اللزوم في ملك الغير على إجازته، وهذا باتفاق الحنفية والمالكية، لأنهم يصححون **العقد الموقوف** أو عقد الفضولي، كما سنعلم.

وقال الشافعية والحنابلة في الأرجح عندهم (٢): تفريق الصفقة معناه: أن يبيع ما يجوز بيعه، وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة بثمن واحد، وهو ثلاثة أقسام:

أحدها . أن يبيع معلوما ومجهولا بثمن واحد، لقوله: بعتك هذا الكتاب وكتابا آخر، وهما ملك له بمئة ليرة مثلا، لم يصح البيع فيهما؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته، والمعلوم مجهول الثمن، ولا سبيل إلى معرفته، لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما، والمجهول لا يمكن تقويمه، فيتعذر التقسيط.

الثاني . أن يكون المبيعان مما ينقسم عليهما بالأجزاء، كشيء مشترك بين اثنين، فباعه كله أحدهما بغير إذن شريكه، وكشيئين من المثليات مثل قفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما، فالأصح أن يصح البيع فيما يملكه

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٣١٧/٥

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٦٠، البدائع: ٢١٧/ ٥.

(٢) المجموع: ٤٢٥/ ٩ - ٤٣٧، المهذب: ٢٦٩/ ١، المغني: ٢٣٦/ ٤ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص ٤٢١، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٩٨، غاية المنتهى: ١٦/ ٢.." [1]

"على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي، فالقيم على المجنون أو السفيه، والوصي على القاصر، لا يعتبر أحدهما مالكا يتصرف في الشيء، على حين أن المجنون والسفيه والقاصر يعتبر كل منهم مالكا؛ لأن له حق الاستقلال في التصرف والانتفاع لولا المانع الشرعي من ذلك وهو أنه تحت ولاية غيره (١).

والولاية: سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ، هي إما أصلية: وهي أن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه، أو نيابية: وهي أن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي الأهلية، إما بإنابة المالك كالوكيل أو بإنابة الشارع كالأولياء وهم: الأب والجد والقاضي ووصي الأب أو الجد أو القاضي وترتيبهم كالآتي: الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه (٢).

ومدلول هذا الشرط أن يكون المبيع مملوكا للبائع، فلا ينفذ بيع الفضولي، لانعدام الملك والولاية، لكنه ينعقد عند الحنفية موقوفا على إجازة المالك.

واعتبر الشافعي الملك أو الولاية من شرائط الانعقاد، فتعتبر تصرفات الفضولي عنده باطلة. وسأبحث ذلك بالتفصيل قريبا (٣).

٢ - ألا يكون في المبيع حق لغير البائع:

إن كان في المبيع حق لغير البائع كان **العقد موقوفا** غير نافذ، وعلى هذا فلا ينفذ بيع الراهن المرهون، ولا بيع المؤجر المأجور ولا بيع المالك الأرض التي عليها عقد مزارعة، وإنما يكون البيع موقوفا على إجازة المرتهن، أو المستأجر، أو المزارع،

---

(١) الأموال ونظرية العقد: ص ١٦٥.

(٢) المرجع السابق: ص ٣٤٨، حاشية ابن عابدين: ٦/ ٤، البدائع: ١٤٦/ ٥، ١٥٥.

(٣) البدائع: ١٤٨/ ٥.." [2]

"الثاني . الإكراه: هو حمل المستكره على أمر يفعله وهو نوعان:

١ - إكراه ملجئ أو تام: وهو الذي يجد المستكره نفسه مضطرا به لفعل الأمر المكره عليه، وذلك كالتهديد بالقتل أو الضرب الذي يخشى منه ضياع عضو.

٢ - إكراه غير ملجئ أو ناقص: كالتهديد بالحبس أو الضرب أو إيقاع الظلم به كمنع ترقيته في وظيفته أو إنزاله درجة.

والإكراه بنوعيه يؤثر في البيع، فيجعله فاسدا عند جمهور الحنفية وموقوفا عند زفر. فيملك المشتري المبيع بالقبض إذا اعتبر

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٣٣٤/٥

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٣٣٧/٥

فاسدا، ولا يملكه مطلقا بالقبض إذا اعتبر موقوفا، والأرجح اعتبار عقد المكره موقوفا، لأنه باتفاق الحنفية إذا أجازه المستكره بعد زوال الإكراه يجوز ويلزم في حقه، وهذا هو حكم العقد الموقوف لا الفاسد (١).

الثالث ـ التوقيت: هو أن يوقت البيع بمدة كما لو قال: بعتك هذا الثوب شهرا أو سنة، فيكون البيع فاسدا، لأن ملكية العين لاتقبل التأقيت.

الرابع ـ الغرر: المراد به غرر الوصف، كما لو باع بقرة على أنها تحلب كذا رطلا، لأنه موهوم التحقق فقد ينقص. أما لو باعها على أنها حلوب دون تحديد مقدار، فإنه شرط صحيح. وأما غرر الوجود فهو مبطل للبيع لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر (٢): وهو ماكان المبيع فيه محتملا للوجود والعدم، كبيع نتاج النتاج، وبيع الحمل الموجود.

---

(١) انظر البدائع: ١٨٨/ ٧، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ٣٦٤/ ١ في الحاشية ف ١٨٥.

(٢) رواه مسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه (انظر جامع الأصول: ٤٤١/ ١، مجمع الزوائد: ٨٠/ ٤)..." [١]

"وكذا يسقط الخيار لو بقي صاحبه نائما لآخر مدة الخيار، كما يسقط على الصحيح لو سكر وظل سكرانا حتى مضت مدة الخيار.

ولو ارتد من له الخيار في مدة الخيار، فقتل على الردة أو مات: لزم البيع. وكذا لو لحق بدار الحرب، وقضى القاضي بلحاقه؛ لأن الردة بمنزلة الموت بعد الالتحاق بدار الحرب.

فإن عاد المرتد إلى الإسلام في مدة الخيار، فهو على خياره.

كل ذلك إذا لم يتصرف المرتد بالخيار فسخا أو إجازة، فإذا تصرف في مدة الخيار ينظر:

إن أجاز البيع جاز بالاتفاق، ولو فسخ يصبح حكم العقد موقوفا عند أبي حنيفة: فإن عاد مسلما نفذ، وإن مات أو قتل على الردة، بطل الفسخ.

وقال الصاحبان: تنفذ تصرفات المرتد حال ردته. ومنشأ الخلاف: هل تصرفات المرتد موقوفة أو نافذة؟

قال أبو حنيفة: هي موقوفة. وقال الصاحبان: هي نافذة، سواء أسلم أو مات أو قتل (١).

وقال الشافعية والحنابلة: لو جن صاحب الخيار أو أغمي عليه أو أصابه خرس فلم تفهم إشارته، ينتقل الخيار إلى وليه من حاكم أو غيره (٢).

رابعا – هلاك المبيع في مدة الخيار: فيه تفصيل؛ لأن الهلاك إما أن يكون قبل القبض أو بعد القبض، والخيار إما للبائع، أو للمشتري (٣).

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٣٤٧/٥

(١) انظر التفصيل في فتح القدير: ٣٩٥/ ٤ ومابعدها.

(٢) مغني المحتاج: ٤٥/ ٢، غاية المنتهى: ٣٣/ ٢.

(٣) انظر المبسوط: ٤٤/ ١٣، البدائع: ٢٧٢/ ٥، فتح القدير: ١١٧/ ٥.." [1]

"يعدم الرضا، وانتفاء الشرط يترتب عليه انتفاء المشروط، وهو النفاذ، فيفسد التصرف. وعليه يكون بيع المستكره وإجارته وهبته فاسدة، ولكن للمستكره بعد زوال الإكراه الخيار بين إمضاء التصرف وفسخه؛ لأن الرضا كما ذكرت شرط لصحة هذه التصرفات.

وقال المالكية وزفر من الحنفية: تعتبر هذه التصرفات بالإكراه موقوفة؛ لأن الرضا شرط في صحة العقد، لا في انعقاده، حتى لو أجاز المستكره ما أكره عليه بعد زوال الإكراه أصبح العقد صحيحا، ولو كان العقد فاسدا لما جاز؛ لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة، ولا يرتفع الفساد بالإجازة كسائر البيوع الفاسدة، فأشبه بيع الفضولي، وبما أنه بيع موقوف، لا يثبت به الملك بالقبض.

والخلاصة: إن أبا حنيفة وصاحبيه ذهبوا إلى أن الإكراه يفسد العقد إفسادا فقط، لا إبطالا، وتترتب عليه الأحكام المقررة لفساد العقود إلا من ناحية واحدة، وهي أنه بعد زوال الإكراه، لو أجاز المستكره العقد، صح هذا العقد، ويصبح ملزما؛ لأن الفساد إنما كان صيانة لمصلحته الخاصة لا لمصلحة عامة. وأما زفر فيجعل العقد غير نافذ كعقد الفضولي، فهو صحيح موقوف بالنسبة للمستكره، ويتوقف على إجازته بعد زوال الإكراه، وبما أن هذا العقد يجوز ويلزم بالإجازة، فهذا دليل على كون **العقد موقوفا** لا فاسدا؛ لأن العقد الفاسد يفسخ فسخا ولا يجاز إجازة. ويلاحظ أن دليل زفر أقوى وأوجه، ولكن المعتمد عند الحنفية هو رأي الإمام وصاحبيه (١).

وقال باقي الفقهاء: تعتبر هذه التصرفات مع الإكراه باطلة غير صحيحة (٢).

(١) راجع المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ص ٣٦٤.

(٢) البدائع: ١٨٦/ ٧، تكملة فتح القدير: ٢٩٣/ ٧ ومابعدها، الكتاب مع اللباب: ١٠٨/ ٤، تبيين الحقائق: ١٨٢/ ٥، الدر المختار ورد المحتار: ٨٩/ ٥ ومابعدها، المحلى: ٣٨٠/ ٨، غاية المنتهى: ٥/ ٢، بحث الإكراه للأستاذ البرديسي . القسم الثاني: ص ٢٥.." [2]

"إنما هو على التصرفات المالية المحضة. والقاعدة عندهم: أن كل ما لا يؤثر فيه الهزل كالعتق والنكاح، لا يؤثر فيه الحجر، لكن لا يثبت للمرأة أكثر من مهر المثل إذا كان السفيه هو الزوج، ويثبت فيه مهر المثل على الأقل إذا كانت الزوجة هي السفيهة.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٥٤٤/٥

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٤٤٥٥/٦

٣ - ألا يكون العاقد وليا أبعد مع وجود الولي الأقرب المقدم عليه: شرط نفاذ عند الحنفية، فإن زوج الولي الأبعد مع وجود الأقرب منه، كان **العقد موقوفا** على إجازة الولي الأقرب.

وهو شرط صحة عند الشافعية والحنابلة (١)، فلا يصح زواج الولي الأبعد مع وجود الأقرب إلا إذا كان هناك مانع كالجنون واختلال النظر بهرم أو خبل (فساد في العقل)، والصغر، والحجر بسفه، والعضل (أي المنع من الزواج بغير حق).

وقال المالكية (٢): إن كان الولي الأقرب غير مجبر كالابن والأخ والجد والعم، كان العقد صحيحا مكروها. وإن كان الأقرب وليا مجبرا (وهو الأب) فسخ العقد أبدا، إلا إذا أجازه الولي الأقرب، وكان الذي تولاه مفوضا إليه الأمر بالبينة.

٤ - ألا يخالف الوكيل موكله فيما وكله به: فإذا وكل شخص غيره ليزوجه فتاة معينة أو بمهر معين، فزوجه فتاة غيرها، أوزوجه بمهر أكثر، لم ينفذ العقد، وكان موقوفا على إجازة الموكل. فلو لم يعلم حتى دخل بقي الخيار له بين إجازته وفسخه، ويكون للمرأة عند الحنفية الأقل من المسمى ومهر المثل؛ لأن الموقوف كالفاسد.

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ١٥٤.

(٢) الشرح الصغير: ٢/ ٣٥٨، ٣٦٣ وما بعدها.." [1]

"٢ - الأب والجد العصبي (الصحيح) وإن علا.

٣ - الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

٤ - العم الشقيق والعم لأب وأبناؤهما وإن نزلوا.

ثم يأتي بعد هؤلاء المعتق ثم عصبته النسبية.

ثم السلطان أو نائبه وهو القاضي؛ لأنه نائب عن جماعة المسلمين، للحديث المتقدم: «السلطان ولي من لا ولي له» وبهذا نطقت المادة (٢٤) من القانون السوري: «القاضي ولي من لا ولي له».

وليس للوصي تزويج الصغير أو الصغيرة، ولو كان الأب قد أوصى إليه بذلك، على المعتمد.

وليس للقاضي تزويج الصغيرة من نفسه، ولا ممن لا تقبل شهادته له، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٥) من القانون السوري.

وإذا زوج الولي من مرتبة مع وجود من هو أقرب منه، كان **العقد موقوفا** على إجازة الأقرب، إلا أن يكون هذا الأقرب صغيرا أو مجنونا، فينفذ عقد الولي الأبعد. وقد نص القانون السوري (م ٢٢ /١) على أنه: «إذا استوى وليان في القرب، فأيهما تولى الزواج بشرائطه، جاز».

وترتيب الأولياء على هذا النحو هو رأي الصاحبين، وقال أبو حنيفة: لغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند عدم العصبات، أي تثبت الولاية لذوي الأرحام، الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن عصبة فالولاية للأم، ثم أم الأب، ثم أم الأم، فإن

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٦٥٧٦/٩

لم يوجد أحد من الأصول انتقلت الولاية للفروع، على أن تقدم البنت على بنت الابن لقربها، وتقدم بنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها.." (١)

"ثانيا . مدى صلاحية الوكيل:

الوكيل في الزواج كالوكيل في سائر العقود، فلا يجوز له عند الحنفية أن يوكل غيره؛ لأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره، إلا إن أذن له الموكل، بأن يوكل عنه من شاء، أو فوض إليه أمر زواجه، فله حينئذ أن يوكل عنه.

وتتحدد صلاحيات الوكيل عند الحنفية بحسب نوع الوكالة مطلقة أو مقيدة؛ لأن الوكيل يستمد سلطته من الموكل، فلا يملك إلا ما وكله، وينفذ عليه تصرفه فيما وكله فيه، ويكون فضوليا فيما عداه، فيتوقف نفاذ التصرف على إجازة الموكل، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

١ - الوكالة المقيدة: بأن يقيد الموكل الوكيل في التزويج بأوصاف معينة. فيتقيد فيها الوكيل بما قيده به الموكل، وليس له أن يخالفه فيما قيده به، إلا إذا كانت المخالفة لخير الموكل، فحينئذ ينفذ العقد على الموكل. وإن تقيد بالقيد نفذ العقد أيضا، وإن خالف القيد توقف عند الحنفية والمالكية نفاذ العقد على إجازة الموكل، حتى ولو حصل دخول بالمرأة دون أن يعلم الموكل بالمخالفة.

وعلى هذا إن قيده بامرأة معينة بالاسم، أو من الأسرة الفلانية، فإن زوجه بها نفذ العقد عليه، وإن خالف فزوجه غيرها كان مخالفا، وتوقف نفاذ العقد على إجازة الموكل، فإن أجازه نفذ، وإن لم يجزه بطل؛ لأن الوكيل يصبح بالمخالفة فضوليا، وعقد الفضولي عند الحنفية والمالكية موقوف على إجازة صاحب الشأن فيه.

وإن قيده بمهر معين، فزوجه به، كان العقد نافذا على الموكل، وإن خالف كان **العقد موقوفا** على إجازة الموكل، إلا إذا كانت المخالفة إلى خير الموكل، فيصح العقد وينفذ، كأن قال: زوجني بألف فزوجه بأقل من ألف، نفذ العقد من غير إجازة الموكل.." (٢)

"وتلافى المالكية بعض هذه الخلافات فقالوا: إذا وكلت وليها غير المجبر أن يزوجها ممن أحب، وجب عليه أن يعين لها الزوج قبل العقد، لاختلاف أغراض النساء في أعيان الرجال. فإن لم يعين الزوج لها، كان **العقد موقوفا** على إجازتها، سواء زوجها من نفسه كابن العم والكافل والحاكم، أو زوجها من غيره، لاختلاف أغراض النساء من الرجال.

ثالثا . حقوق العقد في الوكالة بالزواج:

حقوق العقد: هي الأعمال التي لا بد منها لتنفيذ مقتضى العقد، كالتسليم والتسلم والإيفاء والاستيفاء. ومن المتفق عليه أن حقوق عقد الزواج ترجع إلى الأصيل، وأما الوكيل فهو مجرد سفير ومعبر عن الموكل، فلا ترجع إليه حقوق العقد، فلا يطالب بإزفاف المرأة إلى زوجها، ولا بأداء المهر ولا غيره من الواجبات كالنفقة إلا أن يكون كفيلا بما ذكر، وهذا بخلاف

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٩/٦٧٠٤

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٩/٦٧٢٨

البيع أو الشراء، فإن حقوق العقد ترجع عند الجمهور غير الحنابلة إلى الوكيل لا إلى الموكل.

وحكم الرسول في الزواج كالوكيل.

وبناء عليه، تطالب الزوجة بزفافها إلى زوجها، ويطالب الزوج نفسه بأداء المهر إلى زوجته، وتقبض المرأة مهرها، وليس لوكيلها قبضه إلا بإذن منها صراحة أو دلالة، وإذا قبضه الأب أو الجد ولم تطالب به المرأة، كان سكوتها عند الحنفية إذنا دلالة للأب أوالجد بالقبض، فيصح قبضه وتبرأ ذمة الزوج من المهر، عملا بما هو المعتاد بين الناس أن يقبض الآباء مهور بناتهم. وإذا كانت الزوجة ثيبا، فلا بد من الإذن الصريح بالقبض إذا كان الوكيل غيرا لأب أو الجد، ولا يعد سكوتها رضا بالقبض.." [1]

"أما الحالات التي تكون الكفاءة فيها شرطا لصحة الزواج، فهي ما يأتي (١):

١ - إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها من غير كفء أوبغبن فاحش، وكان لهاولي عاصب لم يرض بهذا الزواج قبل العقد، لم يصح الزواج أصلا، لا لازما ولا موقوفا على الرضا بعد البلوغ.

٢ - إذا زوج غير الأصل (الأب والجد) أو الفرع (الابن) عديم الأهلية أو ناقصها، أي المجنون والمجنونة أو الصغير والصغيرة من غير كفء، فإن الزواج فاسد؛ لأن ولاية هؤلاء منوطة بالمصلحة، ولا مصلحة في التزويج بغير الكفء.

٣ - إذا زوج الأب أو الابن المعروف بسوء الاختيار (٢) عديم الأهلية أو ناقصها، من غير كفء أو بغبن فاحش، لم يصح النكاح اتفاقا. وكذا لو كان سكران، فزوج المرأة من فاسق أو شرير أو فقير أو ذي حرفة دنيئة، لظهور سوء اختياره، وانعدام المصلحة في هذا الزواج.

ويلزم النكاح ولو بغبن فاحش بنقص مهرها وزيادة مهره، أو زوجها بغير كفء إن كان الولي المزوج أبا أو جدا أو ابن المجنونة إذا لم يعرف منهما سوء الاختيار.

وتكون الكفاءة شرطا لنفاذ الزواج: إذا وكلت المرأة البالغة العاقلة شخصا في زواجها، سواء أكان وليا أم أجنبيا عنها، فزوجها بغير كفء، كان **العقد موقوفا** على إجازتها؛ لأن الكفاءة حق للمرأة ولأوليائها، فإذا لم يكن الزوج كفئا لها، لا ينفذ العقد إلا برضاها (٣).

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٤١٨/ ٢ - ٤٢٠، ٤٣٦.

(٢) سوء الاختيار والرأي: أن يكون الشخص فاسقا أوماجنا لا يبالي بما يصنع، أو يكون سفيها طماعا (رد المحتار لابن عابدين: ٤١٨/ ٢).

(٣) الدر المختار ورد المحتار: ٤٣٦/ ٢.." [2]

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٦٧٣١/٩

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٦٧٤٢/٩

"إجارة الصبي:

٢٤ – إجارة الصبي المميز نفسه بأجر لا غبن فيه تصح إن كان مأذونا له من وليه، خلافا للشافعية، إذ منعوها مطلقا، فإن وقعت استحق أجرا. واختلفوا هل هو المسمى أو أجر المثل.

(١) وإن كان محجورا عليه كان **العقد موقوفا** على الإجازة عند الحنفية، وفي الراجح عند المالكية ورواية عن أحمد؛ لأن الولاية شرط للنفاذ لا للصحة، وكان العقد غير صحيح عند الشافعية، وفي قول عند المالكية ورواية عن أحمد؛ لأن الولاية عندهم شرط لصحة العقد وانعقاده لا لنفاذه. (٢)

٢٥ – وإجارة من له الولاية على الصبي نفس الصبي أو ماله نافذة، لوجود الإنابة من الشرع. وإذا بلغ الصبي قبل انتهاء المدة التي تم عليها عقد الإجارة ففي لزوم العقد اتجاهان، فقيل بلزوم العقد لأنه عقد لازم عقد بحق الولاية، فلم يبطل بالبلوغ، كما لو باع داره أو زوجه. وهو قول للشافعية اعتبره الشيرازي الصحيح في المذهب، وقول للحنابلة اعتبره ابن قدامة المذهب، وهو مذهب الحنفية في إجارة أمواله.

والاتجاه الثاني أنه يصير غير لازم، ويخير في الإجارة؛ لأنه بالبلوغ انتهت الولاية، وهو مذهب المالكية، وقول عند كل من الشافعية والحنابلة، ومذهب الحنفية في إجارة نفس الصغير؛ لأن في استيفاء العقد إضرارا به لأنه بعد البلوغ تلحقه الأنفة من خدمة الناس، ولأن المنافع تحدث شيئا فشيئا،

---

(١) روضة الطالبين ٣ / ٣٤١، ٣٤٢

(٢) التوضيح عل التنقيح ٢ / ١٥٩، والبدائع ٤ / ١٧٨، ١٧٩، والفتاوى الهندية ٤ / ٤١١." (١)

"الشافعية والحنابلة لأن المعتمد عندهم عدم جواز تصرفات الفضولي، ولهذا لم يتوسعوا في التفريع.

ج – التصرف المجاز (محل الإجازة)

محل الإجازة إما أن يكون قولا أو فعلا

إجازة الأقوال:

١٠ – الإجازة تلحق التصرفات القولية، وعندئذ يشترط في تلك التصرفات:

أولا: أن يكون قد وقع صحيحا، فالعقد غير الصحيح لا تلحقه الإجازة كبيع الميتة، فبيع الميتة غير منعقد أصلا، فهو غير موجود إلا من حيث الصورة فحسب، والإجازة لا تلحق المعدوم بالبداهة (١) . ويبطل **العقد الموقوف** وغير اللازم برد من له الإجازة، فإذا رده فقد بطل، ولا تلحقه الإجازة بعد ذلك. (٢)

ثانيا: أن يكون التصرف صحيحا غير نافذ – أي موقوفا – كهبة المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث وكتصرف

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٥٨/١

الفضولي عند من يرى جوازه، (٣) وكالعقود غير اللازمة كالتي تنعقد مع الخيار.

ثالثا: أن يكون المعقود عليه قائما وقت الإجازة، فإن فات المعقود عليه فإن العقد لا تلحقه الإجازة،

---

(١) بدائع الصنائع ٧ / ٣٣٩١ طبع مطبعة الإمام بمصر، وحاشية الدسوقي ٣ / ١١، ط دار الفكر ونهاية المحتاج ٣ / ٣٩٠ ط المكتبة الإسلامية.

(٢) ابن عابدين ٤ / ١٤١

(٣) وقد أبلغ ابن عابدين البيوع الموقوفة إلى ثمانية وثلاثين بيعا، انظر حاشية ابن عابدين ٤ / ١٣٩." [١]

"المشهور عند المالكية. والمشهور عند المالكية أنه يرجع (١) . وفي هذه المسألة تفصيل يرد فيما يأتي.

استحقاق المبيع كله.

٩ - إذا استحق المبيع كله فذهب الشافعية، والحنابلة إلى أن البيع يبطل، وهو قول الحنفية إن كان الاستحقاق مبطلا للملك، وهو الاستحقاق الذي يرد على محل لا يقبل التملك. وهو المفهوم من فروع مذهب المالكية. فإن كان الاستحقاق ناقلا للملكية - وهو الذي يرد على محل قابل للتملك - كان **العقد موقوفا** على إجازة المستحق، فإن أجازه نفذ، وإن لم يجزه انفسخ، وهذا عند الحنفية، ولهم في وقت الانفساخ بالاستحقاق ثلاثة أقوال، الصحيح منها: أنه لا ينفسخ العقد ما لم يرجع المشتري على البائع بالثمن، وقيل: ينفسخ بنفس القضاء، وقيل: إذا قبضه المستحق (٢) .

الرجوع بالثمن:

١٠ - عند الفسخ يختلف الفقهاء في رجوع المشتري بالثمن على البائع وعدمه إذا بطل البيع

---

(١) الفروق ٣ / ٢٤٢ ط الميمنية، والفتاوى الهندية ٤ / ١٣٤، وجامع الفصولين ١ / ١٥٢، وشرح الروض ٢ / ١٠، ٣٤٩، وشرح منتهى الإرادات ٢ / ٤١٣، ٤١٨ نشر مكتبة أنصار السنة المحمدية، والزرقاني على خليل ٥ / ٤، والفتاوى البزازية ٥ / ٤٣٣، ٤٣٦، ٥ / ٤٤٠، والحطاب ٥ / ٣٠٧، والشرواني على التحفة ٦ / ٥٢ نشر دار صادر، والجمل على المنهج ٣ / ٥٠٨، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٤٧٠، ٤٧١

(٢) الخرشي ٦ / ١٥٦، والحطاب والتاج والإكليل ٤ / ٤٦١ ط ليبيا، والمهذب ١ / ٢٨٨ ط عيسى الحلبي، ومغني ابن قدامة ٤ / ٥٩٨ ط الرياض، وابن عابدين ٤ / ١٩١، ١٩٣، وشرح منتهى الإرادات ٢ / ٤١٧، وقواعد ابن رجب ص ٣٨٣." [٢]

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٠٥/١

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٢٢/٣

"وهناك خيارات أخرى تسير على هذا النمط، كخيار التعيين، وخيار الغبن، وخيار التدليس، وينظر تفصيل ذلك في مصطلح: (خيار) .

٨ - ويدخل الخيار كذلك عقد الإجارة، فيثبت به حق الفسخ والرد، فمن استأجر دارا فوجد بها عيبا حادثا يضر بالسكنى، فله الفسخ والرد (١) .

ثالثا: **العقد الموقوف** عند عدم الإجازة:

٩ - ومن أشهر أمثلته: بيع الفضولي، فإنه لا ينفذ لانعدام الملك، لكنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك عند الحنفية والمالكية، فإن أمضاه مضى، وإن رده رد. وإذا أجاز المالك البيع صار الفضولي بمنزلة الوكيل، وينتقل ملك المبيع إلى المشتري، ويكون الثمن للمالك؛ لأنه بدل ملكه.

وبيع الفضولي قابل للفسخ من جهة المشتري وجهة الفضولي عند الحنفية، فلو فسخه الفضولي قبل الإجازة انفسخ، واسترد المبيع إن كان قد سلم، ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان قد نقده، وكذا إذا فسخه المشتري ينفسخ.

أما عند المالكية: فهو لازم من جهة الفضولي ومن جهة المشتري، منحل من جهة المالك (٢) .

أما عند الشافعية، والحنابلة: فبيع الفضولي باطل في الأصح ويجب رده، وفي الرواية الأخرى: أنه يتوقف على إجازة المالك (٣) . وفي ذلك تفصيل كثير (ر: فضولي - بيع) .

---

(١) الهداية ٣ / ٢٤٩، والمهذب ١ / ٤٠٧، ومنتهى الإرادات ٢ / ٣٧٥، ومنح الجليل ٣ / ٧٩٦

(٢) البدائع ٥ / ١٤٨،١٥١، ومنح الجليل ٢ / ٤٨١

(٣) المهذب ١ / ٢٦٩، والمغني ٤ / ٢٢٧." [1]

"واستعمال لفظ الاستناد بهذا المعنى هو مصطلح للحنفية خاصة. والمالكية والشافعية والحنابلة يستعملون بدلا منه اصطلاح " التبين "، (١) والمالكية يعبرون أيضا عن ذلك المعنى " بالانعطاف ". (٢)

ومعنى الاستناد في الإجازة مثلا أن **العقد الموقوف** إذا أجيز يكون للإجازة استناد وانعطاف، أي تأثير رجعي، فبعد الإجازة يستفيد العاقد من ثمرات العقد منذ انعقاده، لأن الإجازة لم تنشئ العقد إنشاء بل أنفذته إنفاذا، أي فتحت الطريق لآثاره الممنوعة المتوقفة لكي تمر وتسري، فتلحق تلك الآثار بالعقد المولد لها اعتبارا من تاريخ انعقاده، لا من تاريخ الإجازة فقط. فبعد الإجازة يعتبر الفضولي كوكيل عن صاحب العقد قبل العقد، وبما أن تصرفات الوكيل نافذة على الموكل منذ صدورها، يكون عقد الفضولي نافذا على المجيز نفاذا مستندا إلى تاريخ العقد. (٣)

هذا، ومن أجل أن هذا الاصطلاح خاص بالحنفية فسيكون كلامنا في هذا المبحث معبرا عن مذهب الحنفية خاصة، إلا في المواضع التي ينص فيها على غيرهم.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣/٢٨٥

١١ - وقد ذكر ابن نجيم أن الأحكام تثبت بطرق أربع، فذكر مع الاستناد الذي سبق بيانه:

أ - الاقتصار: وهو الأصل. كما إذا أنشأ طلاقا منجزا غير معلق، فإن الطلاق يقع عند هذا القول

---

(١) حاشية الدسوقي ٢ / ٣٩٦، ونهاية المحتاج ٦ / ٦٧، والمغني ٦ / ٢٥.

(٢) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقاء ١ / ٥٣٤ (الحاشية) مطبعة الجامعة السورية الطبعة الخامسة.

(٣) الأشباه والنظائر بتوضيح يسير ص ١٥٦ - ١٥٧.." [١]

"القائلين بصحة تصرفه يكون **العقد موقوفا**، لا ينفذ إلا بعد إجازة المالك في البيع، والمشتري له في الشراء. (١)

هذا، وإن بين العقود المضافة والعقود الموقوفة شبها وفرقا، فأما الشبه: فهو أن كلا منهما يوجد عند وجود الصيغة، مع تأخر الحكم إلى الزمن الذي أضيف إليه في العقد المضاف، أو إلى إجازة المالك في **العقد الموقوف**.

وأما الفرق فمن ثلاثة أوجه:

أولها: أن تراخي الحكم عن الصيغة في العقد المضاف نشأ من الصيغة نفسها، لأن الإيجاب فيها مضاف إلى زمن مستقبل، أما تراخي الحكم في **العقد الموقوف** فليس مرجعه الصيغة، لأنها منجزة،

وإنما مرجعه صدور التصرف ممن لا ولاية له في العقد.

ثانيها: أن الحكم في **العقد الموقوف** ينفذ بعد الإجازة مستندا إلى وقت صدور التصرف، لأن الإجازة اللاحقة فيه كالإذن السابق. بخلاف العقد المضاف، فإن الحكم فيه لا يثبت إلا عند مجيء الزمن الذي أضيف إليه الحكم.

ثالثها: أن العقد المضاف يترتب عليه الحكم في الزمن الذي أضيف إليه الإيجاب، ما دام صحيحا. بخلاف **العقد الموقوف**، فإنه متردد بين الإجازة والرد فيما إذا لم يجزه من له الولاية. فبيع الفضولي مثلا لا ينفذ إذا لم يجزه المالك. (٢)

---

(١) فتح القدير ٧ / ١٤٥، وبدائع الصنائع ٦ / ٣١٩، وجواهر الإكليل ٢ / ١٨٤، ومواهب الجليل ٤ / ٣٦٩.

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٣٠١٩، وقليوبي وعميرة ٢ / ١٦٠.." [٢]

"ج - التوقف:

٤ - **العقد الموقوف** ضد النافذ، وهو ما توقف نفاذه على الإجازة من مالكها، كبيع الفضولي. فإنه يكون بهذا المعنى جائزا في الجملة، بخلاف الفاسد، فإنه غير مشروع (١) .

الحكم التكليفي:

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٤/١٠٧

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٥/٦٧

٥ – المقرر شرعا أن العبادة بعد الفراغ منها صحيحة، لا يلحقها الإفساد ضرورة أن الواقع يستحيل رفعه، إلا بأسباب يصار إليها بالدليل كالردة، فإنها تفسد الأعمال الصالحة والعبادات، كما أن الإسلام يهدم ما قبله والهجرة تهدم ما قبلها، وكذلك التوبة والحج المبرور. أما بعد الشروع في العبادة وقبل الفراغ منها، فيحرم إفساد الفرض بعد التلبس به دون عذر شرعي، وكذلك النفل عند الحنفية والمالكية، لقوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ (٢) ولهذا يجب إعادته. أما الشافعية والحنابلة فيكره عندهم إفساد النافلة بعد الشروع فيها ولا إعادة إن أفسد النافلة المطلقة، عدا الحج والعمرة فيحرم إفسادهما عند الشافعية والحنابلة، وفي رواية أخرى عن أحمد أنهما كسائر التطوعات.

أما التصرفات اللازمة فلا يرد عليها الإفساد بعد نفاذها. إلا أنه يجوز الفسخ برضا العاقدين كما في الإقالة، وفي العقود غير اللازمة من الجانبين يصح لكل واحد منهما إفسادها متى شاء، أما اللازمة من جانب واحد، فلا يجوز إفسادها ممن هي لازمة في

(١) المصباح المنير في المادة، وبدائع الصنائع ٥ / ٣٠٥ ط دار الكتاب العربي.

(٢) سورة محمد / ٣٣.." (١)

"والقول الآخر للشافعية – قالوا: وهو الأظهر –

والرواية الثانية عن الإمام أحمد، وقول ابن القصار من المالكية: أنه يجوز تجزئة الصفقة، فيصح البيع فيما يجوز، ويبطل فيما لا يجوز؛ لأن الإبطال في الكل لبطلان أحدهما ليس بأولى من تصحيح الكل لصحة أحدهما، فيبقيان على حكمهما، ويصح فيما يجوز ويبطل فيما لا يجوز.

وقال أبو يوسف ومحمد من الحنفية: إن عين ابتداء لكل شق حصته من الثمن، فعند ذلك نعتبر الصفقة صفقتين مستقلتين، تجوز فيهما التجزئة، فتصح واحدة، وتبطل الأخرى.

وإذا كان العقد في شق منه صحيحا، وفي الشق الآخر موقوفا، كالجمع بين ما يملكه وما يملكه غيره، وبيعهما صفقة واحدة، فإن البيع يصح فيهما ويلزم في ملكه، ويقف اللازم في ملك الغير على إجازته، وهذا عند المالكية والحنفية عدا زفر، وهو مبني عند الحنفية على قاعدة عدم جواز البيع بالحصة ابتداء، وجواز ذلك بقاء. وعند زفر: يبطل الجميع؛ لأن العقد وقع على المجموع، والمجموع لا يتجزأ. وعند الشافعية والحنابلة يجري الخلاف السابق؛ لأن **العقد الموقوف** عندهم باطل في الأصح.

١٥ – كذلك تجري التجزئة في النكاح، فلو جمع في عقد النكاح بين من تحل ومن لا تحل، كمسلمة ووثنية، صح نكاح الحلال اتفاقا، وبطل في من لا تحل.." (٢)

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٥/٢٨٨

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٨/١١٣

"هذا، ولكل من الصيغة والعاقدين والمحل شروط لا يتحقق الوجود الشرعي لأي منها إلا بتوافرها، وتختلف تلك الشروط من حيث أثر وجودها أو فقدانها.

فمنها شروط الانعقاد، ويترتب على تخلف أحدها بطلان العقد.

ومنها شروط الصحة، ويترتب على تخلف شيء منها بطلان العقد، أو فساده على الخلاف بين الجمهور والحنفية.

ومنها شروط النفاذ، ويترتب على فقد أحدها اعتبار **العقد موقوفا**.

ومنها شروط اللزوم، ويترتب على تخلفها أو تخلف بعضها عدم لزوم العقد.

وهذا التنويع للشروط هو ما عليه الحنفية. وفي بعضه خلاف لغيرهم سيأتي بيانه.

الصيغة وشروطها:

٢٠ - الصيغة - كما صرح بذلك الحطاب (١) - هي الإيجاب والقبول.

ويصلح لهما كل قول يدل على الرضا، مثل قول البائع: بعتك أو أعطيتك، أو ملكتك بكذا. وقول المشتري: اشتريت أو تملكت أو ابتعت أو قبلت، وشبه ذلك.

والإيجاب عند الجمهور: ما يصدر من البائع دالا على الرضا، والقبول: ما يصدر من المشتري كذلك.

وقال الحنفية: إن الإيجاب يطلق على ما يصدر أولا من كلام أحد العاقدين، سواء

---

(١) الحطاب ٤ / ٢٢٨.." [1]

"وعند الشافعية والحنابلة: يجري الخلاف السابق في الصورة الأولى؛ لأن **العقد الموقوف** عندهم باطل في الأصل.

والصورة الثالثة ذكرها ابن قدامة، وهي: أن يبيع معلوما ومجهولا، كقوله: بعتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألف، فهذا البيع باطل بكل حال. قال ابن قدامة: ولا أعلم في بطلانه خلافا (١) .

هـ - تصحيح البيع الباطل:

١٣ - تصحيح البيع الباطل يمكن تصويره بصورتين.

الأولى: إذا ارتفع ما يبطل العقد، فهل ينقلب البيع صحيحا؟

الثانية: إذا كانت صيغة البيع الباطل تؤدي إلى معنى عقد آخر صحيح، فهل يتحول البيع الباطل إلى عقد آخر صحيح؟

وبيان ذلك فيما يلي: أما الصورة الأولى: فإن الحنفية يفرقون بين البيع الباطل والبيع الفاسد، فيصح عندهم في

---

(١) الأشباه لابن نجيم ١١٣، ١١٤، والبدائع ٥ / ١٤٥، وابن عابدين ٤ / ١٠٤، والاختيار ٢ / ٢٣، وجواهر الإكليل

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١١/٩

٢ / ٦، والقوانين الفقهية ص ١٧٢، والدسوقي ٢ / ٢٦٦، والأشباه للسيوطي ص ١٢٠ - ١٢٢، والمنثور في القواعد ١ / ٣٨٢، ونهاية المحتاج ٣ / ٤٦١، وروضة الطالبين ٣ / ٤٢٠، والمغني ٤ / ٢٦١، ٢٦٢.." [١]

"الموقوف هو بيع صحيح لصدق تعريفه وحكمه عليه. وانعقاد هذا البيع موقوفا على الإجازة لا ينافي كونه صحيحا. (١)

٣ - وذهب الشافعية على المشهور من المذهب، والحنابلة في إحدى الروايتين، وهو قول أبي ثور وابن المنذر إلى بطلان العقد الموقوف. واستدلوا بحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أأبتاع له من السوق ثم أبيعه منه؟ قال: لا تبع ما ليس عندك. (٢)

كما احتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: لا بيع ولا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك ابن آدم (٣)

---

(١) بدائع الصنائع ٥ / ١٤٨ - ١٤٩ ط الجمالية، والمبسوط للسرخسي ١٣ / ١٥٤، ومجمع الأنهر ٢ / ٤٧، ودرر الحكام ١ / ٩٤ - ٩٥ نشر مكتبة النهضة، وحاشية ابن عابدين ٤ / ١٠٠ ط بولاق، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٢ ط دار القلم، وحاشية الدسوقي ٣ / ١٠ - ١١ نشر دار الفكر، ومواهب الجليل ٤ / ٣٤٦ ط مكتبة النجاح - ليبيا، ومغني المحتاج ٢ / ١٥ نشر دار إحياء التراث العربي، والمجموع ٩ / ٢٥٩ ط مطبعة التضامن الأخوي بمصر، والمغني مع الشرح الكبير ٤ / ٢٧٤، والإنصاف ٤ / ٢٦٧، ٢٨٣ ط دار إحياء التراث العربي.

(٢) حديث: " لا تبع ما ليس عندك. . . " أخرجه أبو داود (٣ / ٧٦٩ ط عزت عبيد دعاس) ، والترمذي (٣ / ٥٢٥ ط الحلبي) ، وقال: حديث حسن.

(٣) حديث: " لا بيع ولا طلاق ولا عتاق. . . " أخرجه أبو داود (٢ / ٦٤٠ ط عزت عبيد دعاس) ، والترمذي (٣ / ٤٧٧ ط الحلبي) . وقال: حديث حسن. واللفظ لأبي داود.." [٢]

"لو قال: بعت بلا ثمن، والأظهر البطلان. (١)

ومنها: تحول الاستصناع سلما إذا ضرب فيه الأجل عند بعض الحنفية، حتى تعتبر فيه شرائط السلم. (٢)

وفي كل من الأمثلة المتقدمة خلاف وتفصيل ينظر في مصطلحات (عقد، وسلم، ومضاربة، وشركة، واستصناع) .

تحول العقد الموقوف إلى نافذ:

١٨ - ذهب الحنفية والمالكية، وهو قول للشافعية، ورواية عند الحنابلة: إلى أن بيع الفضولي ينعقد موقوفا على إجازة المالك، فإذا أجازه المالك أصبح نافذا، وإلا فلا، وإليه ذهب إسحاق بن راهويه.

وذهب الشافعية في القول الجديد، وهو رواية أخرى عند الحنابلة إلى: أن هذا البيع باطل ويجب رده، وإليه ذهب أبو ثور

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٥٩/٩

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٣٨/٩

وابن المنذر. (٣)

وقد فصل القائلون بانعقاد بيع الفضولي الكلام حوله، ويرجع فيه إلى مصطلحات: (عقد، وموقوف، وفضولي) .

---

(١) روضة الطالبين ٤ / ٦، والوجيز ١ / ١٥٤.

(٢) ابن عابدين ٤ / ٢١٢.

(٣) ابن عابدين ٤ / ١٣٥ وما بعدها، والشرح الصغير ٣ / ٢٦، والقوانين الفقهية / ٢٥٠، وروضة الطالبين ٣ / ٣٥٣، والمغني ٤ / ٢٢٧.." [1]

"اختلاف في السبب فقط، بل مع التداعي والتجانس بين أسباب كل منهما ومنافرتها ما للآخر.

أما من حيث الطبيعة والأحكام فإن **العقد الموقوف** تكون آثاره معلقة بسبب المانع الشرعي من نفاذها، وهذا بالرغم من انعقاده وصحته لأن ذلك المانع منع تمام العلة.

أما الخيار فإن حكم العقد قد نفذ وترتبت آثاره ولكن امتنع ثبوتها بسبب الخيار، فأحيانا يمتنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة، وذلك في خيار الشرط، وأحيانا يمتنع تمام الحكم بعد ثبوته، كخيار الرؤية، وأحيانا يمتنع لزوم العقد بعد أن سرت آثاره، كخيار العيب (١) .

وفي الانقضاء نجد أن الموقوف لما كان غير تام العلة لم تتم الصفقة، فيكفي في نقضه محض إرادة من له النقض، وهو لهذا الضعف فيه لا يرد فيه إسقاط الخيار، ولا ينتقل بالميراث، بل يبطل العقد بموت من له حق إجازته، في حين يجوز إسقاط الخيار - في الجملة - وينتقل بالميراث وخاصة ما كان منه متصلا بالعين على اختلاف في المذاهب، وينقضي الخيار بإرادة من هو له دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي إلا حيث تتم الصفقة بحصول القبض في خيار العيب.

---

(١) فتح القدير ٥ / ١١٠.." [2]

"كثير من الأحيان - عن خيار العيب، وعندما يؤثر المشتري أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن. لكن الشارع يمنع ذلك تفاديا لتفرق الصفقة.

وقد فصل الكاساني الحالات التي ينشأ عن الرد للمعيب فيها تفريق الصفقة، وبين أن حكمها جميعها المنع باستثناء حالة واحدة هي ما لو كان المبيع أشياء حقيقة وتقديرا فله أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن عند الحنفية إلا زفر (١) . -

٦ - ولتفريق الصفقة صور مختلفة، لكن طابع الخيارات يبرز في صورتين، هما: صورة الاستحقاق الجزئي للمعقود عليه (وفي حكمه: انفساخ العقد في أحد شيئين قبل القبض) .

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٨٧/١٠

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٤٣/٢٠

وصورة الهلاك الجزئي للمعقود عليه، (ومن صوره انقطاع بعض المسلم فيه عند محل الأجل) .

أولا: خيار الاستحقاق الجزئي:

٧ - الاستحقاق (في عقد البيع) هو ظهور كون المبيع حقا واجبا للغير، وهو استحقاق كلي أو جزئي.

فالاستحقاق الكلي (وهو الذي يتعلق بالمبيع كله) يجعل **العقد موقوفا** على إجازة المستحق،

---

(١) البدائع ٥ / ٢٨٧، وبداية المجتهد ٢ / ١٧٨ - ١٧٩.." [1]

"الحال (١) ، أو هو العقد الذي يصدر ممن له أهلية التصرف وولايته، سواء أكانت الولاية أصلية كمن يعقد العقد لنفسه، أم نيابية كعقد الوصي أو الولي لمن تحت ولايتهما أو عقد الوكيل لموكله.

وحكم العقد النافذ أنه لا يحتاج في ظهور آثاره إلى إجازة الغير.

ب - **العقد الموقوف**: وهو العقد الذي يصدر ممن له أهلية التصرف دون الولاية، كمن يبيع مال غيره بغير إذنه، أو عقد يتعلق به حق الغير (٢) .

وحكم **العقد الموقوف** - عند من يجيزه - هو أنه عقد صحيح؛ لأنه مشروع بأصله ووصفه، فيفيد الحكم لكن على وجه التوقف أي: تتوقف آثاره وإفادته الحكم على إجازة من يملكها شرعا كعقد الفضولي والصبي المميز غير المأذون ونحوهما.

واختلف الفقهاء في مشروعية **العقد الموقوف** وصحته:

فقال جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية وهو قول عند الشافعية في القديم، ورواية عند الحنابلة) : إن **العقد الموقوف** عقد

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية ١ / ٩٥، ٣٠٤.

(٢) مجمع الأنهر ٢ / ٤٧، ودرر الحكام ١ / ٩٤، وحاشية ابن عابدين ٤ / ١٠٠.." [2]

"المؤجر (١) ، وهكذا في سائر العقود إذا لم يقع خلل في أركانها أو شروطها.

والعقد غير الصحيح: هو ما لا يعتبره الشرع، ولا يترتب عليه مقصوده. أو هو: ما لا يكون مشروعا أصلا ووصفا، أو يكون مشروعا أصلا لكن لا يكون مشروعا وصفا، مثال الأول: عقد المجنون والصبي غير المميز، أو العقد على الميتة والدم وكل ما لا يعتبر مالا، ومثال الثاني: العقد في حالة الإكراه، والعقد على محل مجهول في عقود المعاوضة (٢) .

وقد قسم الحنفية العقد غير الصحيح إلى: عقد باطل وعقد فاسد.

وينظر تفصيل ذلك في مصطلحي: (بطلان، فساد)

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٠/٦٠

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٠/٢٣٦

سابعا – العقد النافذ، والعقد الموقوف:

٥٢ – قسم أكثر الفقهاء العقد باعتبار ظهور آثاره وعدم ظهورها إلى قسمين:

أ – العقد النافذ، وهو العقد الصحيح الذي لا يتعلق به حق الغير، ويفيد الحكم في

---

(١) مجلة الأحكام العدلية م١٠٩، ١١٠، والمنثور للزركشي ٢ / ٤٠٩.

(٢) بدائع الصنائع ٥ / ٣٠٥، حاشية ابن عابدين ٤ / ١٠٠، وبداية المجتهد ٢ / ١٦٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٠، وروضة الناظرين ص٣١.." (١)

"صحيح يفيد الحكم على وجه التوقف، فإن أجازه المالك أو من له الإجازة والتصرف نفذ وإلا بطل (١) .

وتفصيل ذلك في: (العقد الموقوف)

ثامنا – العقود المؤقتة والعقود المطلقة:

٥٣ – قسم بعض الفقهاء العقد باعتبار قبوله التأقيت وعدم قبوله ذلك إلى نوعين: العقود المؤقتة، والعقود غير المؤقتة.

قال السيوطي: كل عقد كانت المدة ركنا فيه لا يكون إلا مؤقتا، كالإجارة والمساقاة والهدنة، وكل عقد لا يكون كذلك لا يكون إلا مطلقا، وقد يعرض له التأقيت حيث لا ينافيه، كالقراض يذكر فيه مدة، ويمنع من الشراء بعدها فقط، ومما لا يقبل التأقيت: الجزية في الأصح، وعقد البيع والنكاح والوقف، ومما يقبله وهو شرط في صحته: الإجارة وكذا المساقاة، والهدنة في الأصح، ومما يقبل التأقيت وليس شرطا في صحته: الوكالة، والوصاية.

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤ / ٤٤، وحاشية ابن عابدين ٤ / ١٠٠، ومجمع الأنهر ٢ / ٤٧، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٣، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣ / ١٠، ١١، ومغني المحتاج ٢ / ١٥، والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٨٥ – ١٨٦، والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤ / ٢٧٤.." (٢)

"وفي الاصطلاح: العقد الموقوف في البيع هو: ما كان مشروعا بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف، ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير (١) .

الألفاظ ذات الصلة:

أ – البيع النافذ.

٢ – البيع النافذ هو: البيع الصحيح الذي لا يتعلق به حق الغير ويفيد الحكم في الحال، فهو ضد البيع الموقوف (٢) .

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٣٦/٣٠

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٣٧/٣٠

ب – البيع الفاسد:

٣ – البيع الفاسد هو: ما يكون مشروعا أصلا لا وصفا، والمراد بالأصل الصيغة والعاقدان والمعقود عليه، وبالوصف ما عدا ذلك (٣) .

ج – البيع الباطل.

٤ – البيع الباطل هو: ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه (٤) . والبيع الفاسد والباطل كلاهما غير صحيح، بخلاف **العقد الموقوف**، فإنه صحيح متوقف على الإجازة

حكم **العقد الموقوف**:

٥ – ذهب الحنفية والمالكية والشافعي في

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٢ / ٣٩.

(٢) مجمع الأنهر ٢ / ٤٧، وابن عابدين ٤ / ١٠٠.

(٣) فتح القدير ٦ / ٤٣.

(٤) ابن عابدين ٤ / ١٠٠.." [1]

"القديم، وهو إحدى روايتين عند الحنابلة: إلى أن **العقد الموقوف** صحيح، ويتوقف نفاذه على إجازة من له الإجازة (١) .

وقد استدل هؤلاء الفقهاء على صحة **العقد الموقوف** بالكتاب والسنة والقياس ورعاية المصلحة:

أما الكتاب فقد احتجوا بعموم قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ (٢) وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ (٣) وقوله تعالى: ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله﴾ . (٤)

ووجه الدلالة من هذه الآيات: أن الله سبحانه وتعالى شرع البيع والشراء والتجارة ابتغاء الفضل، من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة، وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل (٥) .

---

(١) تبيين الحقائق ٤ / ١٠٢ – ١٠٣، والدسوقي ٣ / ١٠ – ١١ ط دار الفكر ومغني المحتاج ٢ / ١٥، والإنصاف ٤ / ٢٨٣.

(٢) سورة البقرة الآية / ٢٧٥.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٤٤/٣٠

(٣) سورة النساء الآية / ٢٩.

(٤) سورة الجمعة الآية / ١٠.

(٥) بدائع الصنائع ٥ / ١٤٨ - ١٤٩.." [١]

"له في الحال حتى يتحقق كمال الرضا بين المتعاقدين (١) .

ويرى فريق آخر من الفقهاء، وهو المشهور في المذهب عند الشافعية والمذهب عند الحنابلة، وهو قول أبي ثور وابن المنذر: أن **العقد الموقوف** باطل ولا يصح بالإجازة (٢) .

واستدلوا على بطلان **العقد الموقوف** بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك. (٣)

واستدلوا كذلك على البطلان بأن الفضولي أحد طرفي البيع، فلم يقف البيع على الإجازة كالقبول؛ ولأنه با ع ما لا يقدر على تسليمه كالسمك في الماء والطير في الهواء (٤) .

وينظر تفصيل ذلك في مصطلح: (بيع الفضولي ف ٢ وما بعدها) .

---

(١) الفروق للقرافي ٣ / ٤٤، والمجموع ٩ / ٢٦٢، والإنصاف ٤ / ٢٨٣.

(٢) المجموع ٩ / ٢٦١، والإنصاف ٤ / ٢٨٣.

(٣) حديث: " لا طلاق إلا فيما تملك. . . ". أخرجه أبو داود (٢ / ٦٤٠ ط. عزت عبيد الدعاس) من حديث عبد الله بن عمرو قال البخاري: أصح شيء فيه وأشهره حديث عبد الله بن عمرو (التلخيص الحبير ٣ / ٢١١ ط شركة الطباعة الفنية) .

(٤) المجموع للنووي ٩ / ٢٦٣.." [٢]

"التصرفات التي يسري عليها حكم **العقد الموقوف:**

أ - بيع الصبي المميز وشراؤه:

٦ - اتفق الفقهاء على بطلان تصرفات الصبي غير المميز من بيع وشراء وغير ذلك؛ لأن عبارته ملغاة لا اعتداد بها شرعا، فلا تصح بها عبادة، ولا تجب بها عقوبة، ولا ينعقد معها بيع أو شراء، ويستمر هكذا حتى يبلغ السابعة وهو سن التمييز (١) .

أما الصبي المميز فقد اختلف الفقهاء في انعقاد تصرفاته من بيع أو شراء إلى فريقين:

فذهب الفريق الأول، وهم الحنفية والمالكية، وأحمد في رواية إلى أن تصرف الصبي المميز ينعقد بالبيع والشراء فيما أذن له

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٤٥/٣٠

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٤٦/٣٠

الولي، وإلا كان موقوفا على إجازة الولي أو الوصي.

وذهب الفريق الثاني وهم الشافعية وأحمد في رواية إلى أن بيع الصبي المميز وشراءه لا ينعقد أي منهما لعدم أهليته؛ لأن شرط العاقد عندهم سواء أكان بائعا، أم مشتريا هو الرشد (٢) .

---

(١) مغني المحتاج للشربيني ١ / ١٣١، والمستصفى للغزالي ١ / ٥٤، وشرح الخرشي ٦ / ١٣١، التوضيح على التنقيح ٢ / ١٥٨، وكشف الأسرار ٤ / ١٣٦٨.

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد بن أحمد الشربيني ٢ / ٧، والمغني ٤ / ٢٧٢.." [1]

"وسواء أكان هذا التصرف بيعا أم هبة (١) .

كيفية الإجازة في **العقد الموقوف**:

٢٧ - الإجازة: الإنفاذ والإمضاء، وترد الإجازة على **العقد الموقوف** دون النافذ والباطل، وتقع ممن يملك التصرف، سواء أكان أصيلا أم وكيلا أو وليا أم وصيا أم قيما، وكذا كل من يتوقف التصرف على إذنه كالشريك والوارث والدائنين.

والأصل في الإجازة أن تكون بالقول المعبر عنها بنحو قول المجيز: أجزت أو أنفذت أو أمضيت أو رضيت ونحو ذلك، وتكون بالفعل: فيما لو أخذ المشتري المبيع الذي لم يدفع ثمنه فأجره أو أعاره أو وهبه أو كان المبيع دارا فسكنها فكل ذلك إجازة فعلية.

وتفصيل ذلك في مصطلح: (إجازة) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ / ١٥٠.." [2]

"الفسخ لعدم إجازة **العقد الموقوف**:

٢٠ - عدم إجازة **العقد الموقوف** ممن له ولاية أو ملك والذي يتوقف نفاذ العقد على رضاه يعد من أسباب انحلال العقد أو فسخه عند القائلين بانعقاده (١) .

وتفصيل ذلك في مصطلح (عقد موقوف) .

الفسخ بسبب الاستحقاق:

٢١ - إذا استحق المبيع كله أو بعضه فقد اختلف الفقهاء: فذهب بعضهم إلى بطلان البيع.

وذهب آخرون إلى تخيير المشتري بين رد المبيع بالفسخ أو التمسك بالباقي، وذلك في حالة الاستحقاق الجزئي. وتفصيل

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٤٦/٣٠

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٥٦/٣٠

ذلك ينظر في مصطلح (استحقاق ف ٩، ١١) .

آثار الفسخ:

تظهر آثار الفسخ في شيئين: انتهاء العقد، وسريانه على الماضي والمستقبل.

أولا: انتهاء العقد بالفسخ:

٢٢ - ينتهي العقد بالفسخ ويكون له آثار

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ٤ / ٥ - ٦، ١٠٤، البدائع ٥ / ١٤٨ - ١٥٠، ١٥٥، فتح القدير مع العناية بهامشه ٥ / ٣٠٩ وما بعدها، بداية المجتهد ٢ / ١٧١.." [١]

"إن باعها لوارث من ورثته وشفيعها غير وارث فلا شك أنه لا شفعة أصلا عند أبي حنيفة، لأن بيعها للوارث بدون محاباة فاسد عنده، فبيعها بالمحاباة أولى، ولا شفعة في البيع الفاسد.

وعند أبي يوسف ومحمد: البيع جائز، لكن يدفع المشتري قدر المحاباة، فتجب الشفعة، قال صاحب المبسوط: الأصح هو ما ذهب إليه أبو حنيفة.

وإن باعها لغير وارث، فكذلك لا شفعة للوارث عند أبي حنيفة، لأن الشفيع يأخذ الدار بنفس الصفقة مع غير الوراث بعد تحولها إليه، أو بصفقة مبتدأة مقدرة بينهما، فكان ذلك بيعا للوارث بالمحاباة، وسواء أجازت الورثة الشفعة أو لم يجيزوا، لأن الإجارة محلها **العقد الموقوف**، والشراء وقع نافذا من المشتري، لأن المحاباة في الصورة المذكورة - قدر الثلث، وهي نافذة في الألفين من الثلاثة للأجنبي - غير الوارث فانتفت إجازة الورثة في حق المشتري، فتنتفي في حق الشفيع أيضا.

وعن أبي يوسف ومحمد روايتان:

إحداهما: لا شفعة له، والثانية: له الشفعة (١) .

---

(١) بدائع الصنائع ٥ / ١٤، والفتاوى الهندية ٥ / ١٩٦.." [٢]

"موقوف

التعريف:

١ - الموقوف لغة: اسم مفعول لفعل: وقف، بمعنى: سكن وحبس ومنع، يقال: وقفت الدابة: سكنت، ووقفتها أنا: منعتها من السير ونحوه، ووقفت الدار: حبستها في سبيل الله، فهي موقوفة.

ويطلق على عكس الجلوس، يقال: وقف الرجل: قام عن مجلسه، وعلى المنع: وقفته عن الكلام: منعته عنه (١) .

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٢/١٣٨

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٦/١٦٤

والموقوف في اصطلاح الفقهاء يطلق على معنيين:

المعنى الأول: يطلق على كل عين محبوسة في سبيل البر والخير بشروط (٢) .

والمعنى الثاني: يطلق على **العقد الموقوف**، وهو ما كان مشروعا بأصله ووصفه، ويفيد الملك على سبيل التوقف،

---

(١) المصباح المنير.

(٢) روضة الطالبين ٥ / ٣١٤، وأسنى المطالب ٢ / ٤٥٧.." [١]

"ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

والعلاقة بين النفاذ والإجازة أن كليهما بمعنى الإمضاء والرضا غير أن الإجازة ترد على **العقد الموقوف** دون النافذ والباطل.

ب - الصحة:

٣ - الصحة: في اللغة مصدر واسم لما يقابله المرض.

واصطلاحا: حالة أو ملكة بها تصدر الأفعال عن موضعها سليمة، وهي عبارة عن كون الفعل مسقطا للقضاء في العبادات أو سببا لترتب ثمراته المطلوبة منه شرعا في المعاملات، وبإزائه البطلان (١) . .

والعلاقة بين النفاذ والصحة العموم والخصوص المطلق، فكل نافذ صحيح ولا عكس.

أحكام النفاذ:

٤ - التصرفات التي يرتب الشارع عليها آثارا، منها النافذ ومنها غير النافذ.

فمن صور غير النافذ: تصرفات الفضولي، والصبي المميز، والسفيه، والوكيل في غير ما

---

(١) القاموس المحيط، والمصباح المنير، ولسان العرب، وقواعد الفقه للبركتي.." [٢]

"وكل به، وكذلك بيع الراهن العين المرهونة بغير إذن المرتهن، وبيع المؤجر الدار المستأجرة بغير إذن المستأجر، وبيع الشريك حصته المشاعة بدون إذن شريكه وهذا في الجملة.

وللتفصيل يراجع مصطلح (عقد موقوف ف ٦ - ٢٤) .

ومن صور غير النافذ أيضا قضاء القاضي وقد اختلف الفقهاء فيه هل ينفذ ظاهرا وباطنا، أو ينفذ ظاهرا فقط.

والتفصيل في مصطلح (قضاء ف ٨٥) .

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٢٤/٣٩

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٨٢/٤٠

آثار النفاذ:

٥ - يترتب على نفاذ التصرف شرعا صحته وإفادته الحكم في الحال، وأما العقد الموقوف فقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعي في القديم وإحدى الروايتين عند الحنابلة إلى أنه صحيح، ويتوقف نفاذه على إجازة من له الإجازة.

وذهب الشافعية في المشهور، وهو المذهب عند الحنابلة، إلى أن العقد الموقوف باطل ولا يصح بالإجازة.

وتفصيل ذلك في مصطلح (عقد موقوف ف ٥) .." [1]

"يملك بالقبض، وأما الفاسد فحكمه أنه يملك بالقبض، فقد صرح في الخانية والقنية بأنه بيع باطل.

قال ابن عابدين: وأجاب بعض العلماء بحمل ما في الخانية على أن المراد بالبطلان الفساد، كما في حاشية الحموي.

ثم قال ابن عابدين: قلت وهذا أولى لموافقته ما في كتب الأصول من أنه فاسد.

هذا وقد بين الرهاوي في حاشيته: أن عقد الهازل لا يصح أن يكون عقدا موقوفا؛ لأن علماء المذهب قد رتبوا الأحكام على الفاسد دون الموقوف (١) .

الصورة الثانية: أن يتفق المتعاقدان على الإعراض عن المواضعة المتقدمة، وعلى عقد البيع على سبيل الجد:

١٣ - نص الحنفية على أن البيع في هذه الصورة يكون صحيحا لازما، ويبطل الهزل بإعراضهما عن المواضعة؛ لأن تلك المواضعة ليست بلازمة؛ فترتفع بما قصده المتعاقدان من عقد البيع على سبيل الجد، وذلك لأن حقيقة

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤ / ٧، ٨، ١٢٤، وشرح المنار وحواشيه ص ٩٨١، وفتح الغفار ٢ / ١١٠، وفواتح الرحموت ١ / ١٦٢.." [2]

"المجتهد حجة من حجج الشرع، وتبدل رأي المجتهد بمنزلة انتساخ البعض يعمل به في المستقبل، لا فيما مضى) .

٣. جاء في صدر (باب الصيام والاعتكاف) : (أصل الباب أن موجب اللفظ يثبت باللفظ ولا يفتقر إلى النية، ومحتمل اللفظ لا يثبت إلا بالنية، وما لا يحتمله لفظه لا يثبت وإن نوى) .

٤. جاء في مستهل: (باب المرأتين في العقد الذي يكون أوله جائزا ثم يفسد) : (أصل الباب: أن الإجازة إذا لحقت العقد الموقوف كان لحالة الإجازة حكم الإنشاء، لأن العقد لم يتم قبل الإجازة، وإنما تم ونفذ بالإجازة، فكان لها حكم الإنشاء فيكون الطارئ على العقد الموقوف يجعل كالمقارن للعقد. لأنه سبق النفاذ الذي هو المقصود بالعقد، فيجعل في التقدير سابقا على ما هو وسيلة لاستتباع المقاصد) .

٥. قال في فاتحة (باب الإقرار في البيع في فساد وغير فساد) : (أصل الباب أن القاضي مأمور بالنظر والاحتياط لأنه

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٨٢/٤٠

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٧٤/٤٢

نصب لدفع الظلم وإيصال الحقوق إلى أربابها، فيحتاط لإيفائها ويتحرز عن تعطيلها (الموهوم لا يعارض المتحقق) فلا يؤخر الحق الثابت بقيني لحق عسى يكون وعسى لا." (١)

"٥ – إن القواعد الأصولية تسبق الأحكام الفقهية، وأما القواعد الفقهية فهي لاحقة وتابعة لوجود الفقه وأحكامه وفروعه.

خامسا: الفرق بين القواعد والنظريات

قلنا: إن الفقه الإسلامي بدأ بالفروع والجزئيات في التدوين، ثم انتقل إلى التقعيد بإقامة الضوابط الفقهية والقواعد الكلية. وهذه الضوابط والقواعد مرحلة ممهدة لجمع القواعد المتشابهة، والمبادئ العامة، لإقامة نظرية عامة في جانب من الجوانب الأساسية في الفقه، ولكن الظروف التي مرت بالأمة الإسلامية، وأحاطت بالاجتهاد والمجتهدين والعلماء، أوقفت العمل عند مرحلة القواعد، إلى أن ظهرت في هذا القرن النهضة الفقهية والدراسات المقارنة، وشرع العلماء في صياغة النظريات الأساسية في الفقه الإسلامي، مثل: نظرية العقد، ونظرية الملكية، ونظرية الأهلية، ونظرية الفساد، ونظرية البطلان، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد، ونظرية **العقد الموقوف**، ونظرية الضرورة، ونظرية الضمان، ونظرية الإثبات، ونظام الحكم في الإسلام، ونظام المال في الإسلام، ونظرية التكافل الاجتماعي، ونظام الجهاد، وغيرهما، مما يتيح للباحث أو الدارس أن يحصل على منهج الإسلام العام، وآراء الفقهاء في كل جانب من جوانب التشريع الأساسي في الإسلام.

والفرق بين القواعد الفقهية وبين النظريات أن القواعد إنما هي ضوابط وأصول فقهية تجمع الفروع والجزئيات، ويعتمد عليها الفقيه والمفتي في معرفة الأحكام الشرعية.

أما النظريات الفقهية فهي دساتير ومفاهيم كبرى تشكل نظاما متكاملا في جانب كبير من جوانب الحياة والتشريع، وأن كل نظرية تشمل مجموعة من القواعد الفقهية.." (٢)

"القاعدة: [٣٣٠]

الأصل أن العارض في **العقد الموقوف** قبل تمامه كالموجود لدى العقد

التوضيح

إذا كان **العقد موقوفا** فلا تنفيذ لآثاره، وتبقى كما كانت قبل العقد، فإذا طرأ عارض يتعلق بالعقد قبل تمامه وإقراره فيكون كالموجود لدى العقد عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف لا يجعل العارض في **العقد الموقوف** كالموجود لدى العقد، كمن تزوج امرأة بغير إذنها، فاعترضتها عدة قبل الإجازة، ارتفع العقد عند أبي حنيفة ولا تعمل الإجازة.

وعلى هذا مسائل.

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية محمد صدقي آل بورنو ص/٧٧

(٢) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٢٥/١

التطبيقات

١ – إن الوكيل بالبيع إذا باع بمثل قيمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم زاد المعقود عليه حتى صار يساوي ألفين، فالوكيل بالخيار عند أبي حنيفة؛ لأنه يملك استئناف العقد في هذه الحالة.

وعند أبي يوسف إذا مضت مدة الخيار تم البيع ولا يجعل

العارض كالموجود لدى العقد، وإن أجاز ذلك قصدا منه لم يجز.

وعند محمد ينفسخ العقد ويجعل العارض كالموجود لدى العقد.

(الدبوسي ص ٤٨) .

٢ – إذا باع مال ولده الصغير على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فادرك الابن قبل ثلاثة أيام، فالإجازة للابن الذي بلغ عند محمد، ويجعل العارض كالموجود لدى العقد،." (١)

"القسم الرابع ما فيه خلاف بين الصاحبين بين أبي يوسف وبين محمد رحمهما الله تعالى

٣٠ – الأصل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الشيء يجوز أن يصير تابعا لغيره وإن كان له حكم نفسه بانفراد وعند محمد رحمه الله تعالى إذا كان له حكم نفسه لا يصير تابعا لغيره

٣١ – الأصل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى العارض في **العقد الموقوف** قبل تمامه لا يجعل كالموجود لدى العقد وعند محمد رحمه الله تعالى يجعل كالموجود لدى العقد

٣٢ – الأصل أن البقاء على الشيء له حكم الابتداء في بعض المواضع وعند محمد رحمه الله تعالى يجوز أن يعطى له حكم الابتداء." (٢)

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ١١٢٤/٢

(٢) قواعد الفقه البركتي ص/٣٦